ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО

или

ФИЛОСОФІЯ ПРАВА

ФРИДРИХА АДОЛЬФА ШИЛЛИНГА.

—

ПЕРЕВОДЪ СЪ НѢМЕЦКАГО ПОДЪ РЕДАКЦІЕЮ

М. Н. КАПУСТИНА.

—

2

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

МОСКВА.

ВЪ ТИПОГРАФІИ В. ГРАЧЕВА И КОМП.

1863.

ЕСТЕСТВЕННОЕ ПРАВО

или

ФИЛОСОФІЯ ПРАВА

ФРИДРИХА АДОЛЬФА ШИЛЛИНГА.

—

ПЕРЕВОДЪ СЪ НѢМЕЦКАГО, ПОДЪ РЕДАКЦІЕЮ

М. Н. КАПУСТИНА.

—

(часть 2)

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

МОСКВА.
ВЪ ТИПОГРАФІИ В. ГРАЧЕВА И КОМП.
1863.

Дозволено цензурою. Москва 17 го апрѣля 1863 года.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

ЕСТЕСТВЕННОЕ ГРАЖДАНСКОЕ (ЧАСТНОЕ), ГОСУДАРСТВЕННОЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

ЕСТЕСТВЕННОЕ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

§ 78.

Естественное или философское гражданское право есть та часть естественнаго права или философскаго ученія о правѣ, въ которой разсматриваются права и обязанности частныхъ лицъ, какъ таковыхъ, въ ихъ взаимныхъ соотношеніяхъ. Изложеніе этого права всего лучше можетъ быть расположено въ порядкѣ различныхъ правъ, по ихъ предмету и значенію [a]), какъ это показано въ § 46. Такимъ образомъ мы будемъ говорить сначала о правахъ личности или о правахъ на собственную личность, то есть о первообразныхъ или прирожденныхъ правахъ всѣхъ людей [b]), далѣе о

§ 78. a) Впрочемъ мнѣнія касательно этого весьма различны: ср. напр. Шталь: Philos. d. Rechts, II. 1. с. 293—299. Противъ него Пухта въ предисловіи по первому изданію его Lehrb. d. Pandekten, стр. 6. seq. и въ Curs. d. Institut. § 21., далѣе Варнкёнигъ: Rechtsphilos. §. 126. и Аренсъ: Rechtsphilos. стр. 342. seq.

b) Ибо особенныя прирожденныя права (§ 43) принадлежатъ отчасти къ семейному праву, напр. право малолѣтнихъ, отчасти къ государственному праву, напр. право на сословіе, въ которомъ родился. Къ этой же области права при-

вещныхъ правахъ, о правахъ по обязательствамъ или о договорныхъ отношеніяхъ, наконецъ о семейныхъ правахъ, какъ о правахъ на другія лица, и затѣмъ о нѣкоторыхъ юридическихъ отношеніяхъ, сходныхъ съ семействомъ. Но такъ какъ ученіе объ общественномъ правѣ вообще и объ юридическихъ отношеніяхъ церкви въ особенности столько же принадлежитъ къ гражданскому, сколько и къ государственному праву (§ 98), то всего лучше, кажется, помѣстить это ученіе между обоими отдѣлами права и изложить его въ формѣ прибавленія къ естественному гражданскому праву; это ученіе составитъ въ то же время переходъ къ естественному государственному праву.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

О ПРАВАХЪ ЛИЧНОСТИ, ТО ЕСТЬ О ПРИРОЖДЕННЫХЪ ПРАВАХЪ ВСѢХЪ ЛЮДЕЙ.

§ 79.

Первообразное право человѣка (Urrecht) и его отдѣльныя составныя части.

Каждый человѣкъ, какъ существо видимаго міра, одаренное разумомъ и свободною волею, уполномоченъ по своей природѣ и по своему назначенію проявлять свою личность

надлежатъ и пріобрѣтенныя права личныя или по состояніямъ, наприм. право гражданина въ государствѣ или городѣ, должностныя полномочія, пріобрѣтенныя сословныя права и т. д.

во внѣшнемъ мірѣ и достигать своихъ жизненныхъ цѣлей; въ этомъ собственно и состоитъ первообразное право личности, которое обнимаетъ все, чѣмъ обусловливается сохраненіе, признаніе, свободное движеніе, развитіе и совершенствованіе, наконецъ защита личности во внѣшнемъ мірѣ [a]). Поэтому первообразное право личности, принадлежащее каждому человѣку, должно прилагаться къ его существованію въ видимомъ мірѣ, къ его человѣческому достоинству, къ его внѣшней дѣятельности вообще, къ возможности пріобрѣтенія новыхъ правъ на вещи, къ юридическимъ сношеніямъ съ другими лицами, наконецъ къ необходимому самозащищенію. Отсюда вытекаютъ слѣдующія шесть составныхъ частей первообразнаго права личности или шесть отдѣльныхъ первообразныхъ правъ: 1) Право личнаго существованія; 2) право на внѣшнее признаніе человѣческаго достоинства; 3) право на свободную внѣшнюю дѣятельность въ предѣлахъ закона; 4) право на пріобрѣтеніе вообще и на пріобрѣтеніе и употребленіе вещей въ особенности; 5) право на дѣловыя сношенія и на правдивость и честность въ этихъ сношеніяхъ; 6) право необходимой обороны [b]). — Впрочемъ всѣ перечисленныя здѣсь первообразныя или прирожденныя права принадлежатъ равно всѣмъ людямъ (§ 44, № 3); но вслѣдствіе этого свойства всѣхъ первообразныхъ правъ,

§ 79. a) Касательно понятія о первообразномъ правѣ, выставленнаго Шталемъ, см. § 43. a). Въ своей Philos. d. Rechts II. 1. стр. 289 онъ дѣлаетъ слѣдующую замѣтку для подробнѣйшей характеристики его: «Истинное первообразное право, принадлежащее человѣку, какъ личности, — это не только полнѣйшая свобода и политическая правоспособность, но и полнѣйшее замиреніе и высшее духовное совершенство. Первообразное право, поэтому, никогда не можетъ быть осуществлено, но только всегда способно приближаться къ осуществленію.»

b) См. Кругъ: Dikäol. § 29. прим. 2 относит. и противъ первообразнаго права на безопасность, принятаго нѣкоторыми.

именно вслѣдствіе того, что они общи всѣмъ—не слѣдуетъ создавать особенное первообразное право человѣка, право на равенство [c]).

Кантъ въ Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. стр. 45 принимаетъ только одно первообразное или прирожденное право, именно право «свободы (т. е. независимости отъ чужаго произвола), по скольку она совмѣстна съ свободой всѣхъ другихъ въ силу всеобщаго закона»; Кантъ думаетъ, что остальныя права, не принадлежащія къ пріобрѣтеннымъ правамъ, уже заключаются въ началѣ прирожденной свободы.—Другіе писатели, считающіеся послѣдователями Канта, напр. Кругъ ibid. § 29 и 30 и Гросъ Lehrb. d. philos. Rechtswiss. § 112 seq. хотя и признаютъ многія первообразныя права, содержащіяся въ первообразномъ правѣ личности, какъ составныя части, однако не въ надлежащей мѣрѣ. — Шталь ibid. II. I. 312. принимаетъ слѣдующія права личности прирожденыя или первообразныя: «неприкосновенность, свобода, честь, правоспособность, охраненіе пріобрѣтенныхъ правъ». Непонятно, почему охраненіе ограничивается у него одними пріобрѣтенными правами, ибо прирожденныя права точно также нуждаются въ защитѣ.—Это охраненіе или тождественно съ правомъ необходимой обороны, или же должно быть причисленно къ государственнымъ правамъ гражданина, если его отнести къ защитѣ права посредствомъ государственной власти. Нельзя рѣшить, желалъ ли Шталь исчерпать всю сумму прирожденныхъ правъ посредствомъ указаннаго имъ содержанія первообразнаго права: на страницѣ 288 онъ говоритъ, что человѣкъ имѣетъ необходимо «по идеѣ (слѣд. по природѣ) права», но какія именно—«это опредѣляется вездѣ только положительнымъ правомъ».—Всего полнѣе излагается ученіе о первообразныхъ правахъ у Аренса ibid. стр. 345—436, и у Редера ibid. § 28—67; только они, быть можетъ, слишкомъ вдаются въ частности и вводятъ въ это ученіе многое, что скорѣе должно отнести къ государственному праву.

c) Это, однако, дѣлаютъ многіе, напр. Мейстеръ: Lehrb. des Naturr. § 197., Кругъ ibid. § 29. Аренсъ: Rechtsphilos. стр. 373., Рёдеръ: Grundz. des Naturr. стр. 139. seq. — И Шталь ibid. II. 1. 331. разсматриваетъ равенство, (конечно только въ опредѣленной мѣрѣ и въ извѣстномъ отношеніи), какъ первообразное право человѣка.

§ 80.

Отдѣльныя первоначальныя права: 1) Право личнаго существованія.

Право личнаго существованія есть право человѣка, какъ лица, на жизнь и на сохраненіе себя въ видимомъ мірѣ. Это право обнимаетъ оба элемента человѣческой личности въ земной жизни, т. е. тѣло и душу человѣка, и содержитъ въ себѣ, какъ составныя части, право на продолженіе жизни, пока это допускается Богомъ, право на неприкосновенность тѣла и духовныхъ способностей, право на здоровье, какъ на нормальное и спокойное состояніе человѣческаго организма и всѣхъ его функцій. О правахъ здѣсь, конечно, можно говорить только въ томъ смыслѣ, что внѣшнія дѣйствія, могущія вліять на жизнь и здоровье, принимаются въ соображеніе (§ 5). Поэтому подъ правомъ на продолженіе жизни и на здоровье разумѣется не что иное, какъ право самому употреблять всѣ дозволенныя средства, годныя для сохраненія жизни и способствующія физическому и духовному здоровью, далѣе право требовать отъ другихъ, чтобъ они воздерживались отъ дѣйствій, которыя уничтожаютъ или подвергаютъ опасности продолженіе жизни и нарушаютъ физическое или духовное здоровье. Но изъ права на продолженіе жизни отнюдь не должно выводить противуположное право на самоубійство [a]). Умышленное и сознатель-

§ 80. a) Савиньи, System des heut. Röm. Rechts. I. 336, принимаетъ этотъ выводъ и отвергаетъ поэтому совершенно первообразное право человѣка, обращенное на самого себя. Пухта, напротивъ, Curs. der In-

ное самоубійство [b]) должно быть отвергнуто не только на нравственно-религіозномъ основаніи, такъ какъ жизнь, по ея высокому назначенію, не можетъ считаться даромъ, подчиненнымъ произвольнымъ распоряженіямъ человѣка, но оно противно праву въ томъ смыслѣ, что вслѣдствіе самоубійства человѣкъ лишаетъ себя возможности исполнять свои частныя юридическія обязанности относительно другихъ людей или государства [c]). Право увѣчья, производимаго человѣкомъ надъ собственнымъ тѣломъ, также не можетъ вытекать изъ права человѣка на его физическую природу. Увѣчье — не только дѣйствіе, противное разуму и нравственности вслѣдствіе своего противорѣчія съ назначеніемъ человѣческаго тѣла, сообразнаго съ природой, по которому тѣло есть необходимое для человѣческой жизни орудіе души, но можетъ имѣть слѣдствіемъ и нарушеніе права въ томъ смыслѣ, что человѣкъ дѣлаетъ себя неспособнымъ

---

stitut. (I. 83. Прим. b.) опровергаетъ возраженіе, что изъ права личности, какъ права на собственное лицо, будто вытекаетъ право на самоубійство, замѣчая, что это возраженіе основывается на «смѣшеніи понятій о человѣкѣ и лицѣ». Личность есть господство не надъ «собственнымъ человѣкомъ, а надъ собственнымъ лицомъ». Въ упомянутомъ возраженіи упущено изъ виду, что убивается человѣкъ, а не лицо.

b) Съ самоубійствомъ, конечно, не должно смѣшивать такіе случаи, когда кто-нибудь жертвуетъ жизнью по обязанности или ради нравственной цѣли. Ср. Рёдеръ ibid. стр. 117. слѣд.

c) Поэтому уже Аристотель (Ethic. Nikom. V. c. 15.) объявляетъ самоубійство преступленіемъ противъ государства; стоики, напротивъ, считаютъ его дозволеннымъ. Ср. Eckhard Hermeneut. jur. I. § 138 и примѣчаніе Вальха къ его книгѣ. Cicero de offic. I. c. 31. (§ 112. и 113) думаетъ, что по различію человѣческихъ характеровъ самоубійство должно быть иногда оправдано, иногда осуждено. Между новѣйшими представителями философіи права Фейербахъ въ «Kritik des natürl. Rechts». Стр. 290 и сл. принимаетъ право на самоубійство. Аренсъ, напротивъ, ib. 359. считаетъ самоубійство преступленіемъ человѣка противъ самаго себя.

для отправленія нѣкоторыхъ юридическихъ обязанностей относительно другихъ людей или государства [d]). — Впрочемъ, подобно другимъ правамъ, право на физическую природу прекращается со смертью человѣка (§ 69) и не можетъ считаться принадлежащимъ лицу умершему [e]). Однако не одно только нравственное чувство требуетъ огражденія умершаго человѣка отъ произвольныхъ и недостойныхъ дѣйствій посредствомъ положительнаго права [f]), но также вслѣдствіе полицейскихъ основаній оказывается необходимымъ, чтобъ дѣйствія, совершаемыя вообще надъ трупами, какъ-то погребеніе, были опредѣлены посредствомъ положительныхъ предписаній права [g]).

Гегель Naturr. § 47, говоритъ: «какъ лицо, я имѣю жизнь и тѣло, подобно какъ и другія вещи, по скольку такова воля моя». Будь это положеніе вѣрно, то изъ него конечно бы слѣдовала юридическая допустимость самоубійства и самоувѣчья, далѣе юридическая возможность продавать или иначе подчинять произвольному распоряженію другаго свою жизнь или свои члены. О причинѣ этого заблужденія см. Шталь ibid. II. 1. 314 *).

---

d) Замѣчательно, что Ульпіанъ L. 9. § 7. D. de pecul. (XV. 1.) приписываетъ рабу (и какъ кажется), человѣку вообще, естественное право увѣчья: «licet enim etiam servis naturaliter in suum corpus saevire», между тѣмъ какъ въ L. 13. pr. D. ad leg. Aquil. (IX. 2) встрѣчается положеніе: «dominus membrorum suorum nemo videtur». Ср. также L. 4. § 2. D. ad. leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8).

e) Иначе думаетъ Рёдеръ ibid. стр. 131. и 147. прим. *).

f) Относящіяся сюда опредѣленія находятся въ L. 1. § 4. и 6. D. de injur. (XLVII. 10.) и L. 8. pr. D. de religios. (XI. 7).

g) Относительно таковыхъ опредѣленій см. L. 38. и 39. D. eod. и L. 3. § 5. D. de sepulchro viol. (XLVII. 12.).

§ 81.

2) Право на внѣшнее признаніе человѣческаго достоинства.

Человѣку, какъ существу одаренному разумомъ и нравственными способностями, принадлежитъ особенное достоинство и вмѣстѣ съ тѣмъ прирожденное право на признаніе этого достоинства со стороны другихъ людей. Въ силу права онъ можетъ прежде всего требовать, чтобъ уваженіе, которое должно воздавать ему вслѣдствіе его нравственной природы, не было нарушено выраженіями и дѣйствіями, содержащими въ себѣ ругательство, презрѣніе или оскорбленіе естественнаго чувства стыдливости; это такъ называемыя—injuriae или обиды въ тѣсномъ смыслѣ. Въ этомъ состоитъ право естественной или абсолютной чести [a]). Слѣдствіемъ его является или право на безукоризненность, по которому человѣка нельзя обвинять въ какомъ-нибудь нечестномъ или противномъ праву дѣйствій, пока не окажется въ его образѣ дѣйствія очевидное основаніе къ тому [b]), или право на доброе имя, въ силу котораго всякій можетъ требовать, чтобъ другіе не взводили на него клеветы и не распускали бы ложныхъ слуховъ о дѣйствіяхъ и качествахъ, могущихъ умалить его достоинство въ нравственномъ и юридическомъ отношеніи, слѣдовательно запятнать его доброе имя. Еслибъ можно было приписывать человѣку нечестное или противное праву дѣйствіе, или выдавать его за нечестнаго и беззаконнаго человѣка, не имѣя на это основанія въ его образѣ дѣйствія, то

§ 81. a) Должно отличать отъ нея положительную или гипотетическую честь, т. е. такую, которая принята въ извѣстномъ общественномъ кругѣ и связана съ извѣстными отношеніями.

b) Ср. Рёдеръ ibid. стр. 137. Сюда относится общее положеніе: «Quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium».

это очевидно было бы совершенно противно уваженію, которое должно воздавать человѣку во имя его нравственной природы. Конечно человѣкъ, совершившій безнравственныя или противныя праву дѣла, лишается своего права на безукоризненность и доброе имя въ размѣрѣ своей вины; поэтому, какъ только кто-нибудь даетъ своими дѣйствіями поводъ къ неблагопріятнымъ сужденіямъ относительно его нравственнаго и юридическаго достоинства, то нельзя считать эти сужденія противорѣчащими праву, если только они не высказываются съ намѣреніемъ обидѣть въ оскорбительной формѣ, и основываются на фактическихъ данныхъ [c]). — Что же касается до добраго имени умершаго, то право на него послѣ смерти также отвергается, какъ и всякое другое право умершаго [d]); впрочемъ желательно во имя нравственности [e]), чтобъ положительное право принимало доброе имя умершаго подъ свою защиту отъ всякихъ нареканій [f]).

§ 82.

Въ правѣ на признаніе человѣческаго достоинства заключается, далѣе, необходимость, чтобъ во всѣхъ жизненныхъ отношеніяхъ человѣкъ разсматривался, какъ лицо и цѣль для себя, а не вещь и средство для цѣлей другихъ. Отсюда вытекаетъ между прочимъ то, что съ правомъ несообразно рабство, т. е. такое состояніе, гдѣ кто-нибудь такъ подчиненъ власти другаго, что считается какъ бы вещью, состоящею въ

c) Ср. Кругъ ibid. § 36. прим. 3.

d) Совсѣмъ тѣмъ это принимаетъ Кантъ (ср. § 69. прим. b), хотя впрочемъ и самъ признается, что возможность этого права «не можетъ быть выведена».

e) Нравственное чувство выражается въ этомъ отношеніи въ извѣстномъ изреченіи: «de mortuis nihil nisi bene».

f) Относящееся сюда опредѣленіе находится въ L. 1. § 4. in f. D. de injur. (XLVII. 10).

его собственности [a]). Такое состоянiе не можетъ сдѣлаться юридическимъ даже по волѣ того, къ которому оно относится [b]). Ибо если бы даже кто-нибудь добровольно вступилъ въ рабство, то ни самъ онъ не былъ бы обязанъ оставаться въ этомъ состоянiи, ни другiе не были бы свободны отъ прирожденной юридической обязанности фактически признавать его личность, вслѣдствiе неотчуждаемости первообразнаго права личности (§ 44. № 2). Все, что высказывалось нѣкоторыми въ защиту рабства, было частью софизмами [c]), частью же имѣло лишь политическiя или историческiя основанiя [d]); все это не можетъ считаться достаточнымъ для доказательства сообразности съ правомъ института, находящагося въ очевидной противуположности съ первоначальнымъ правомъ личности, котораго основанiе—природа и назначенiе человѣка [e]). Но и крѣпостное право (Leibeigenschaft)

§ 82. a) Замѣчательно, что и въ Римскомъ правѣ рабство прямо обозначалось, какъ нѣчто противное природѣ, хотя по своей распространенности между древними народами, оно и считалось за учрежденiе jus gentium. § 2. J. de jure pers. (I. 3.) и L. 4. § 1. D. de statu hominum (1. 5.) «Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.» Ср. также § 2. J. de jure nat. gent. et civ. (I. 2.) pr. J. de libert. (I. 5.) и L. 4. D. de justit. et jur. (I. 1.).

b) Это принято даже въ римскомъ правѣ, которое однако признаетъ рабство вообще. L. 37. D. de liber. caus. (XL. 12.) L. 6. и 10. C. eod. (V II. 16.)

c) Это относится именно къ способу, посредствомъ котораго Аристотель (Polit. I. 3.) старается оправдать рабство. Ср. Аренсъ ibid. стр. 381. и Шталь ibid. I. 31.

d) Касательно таковыхъ основанiй ср. Гуго: Lehrb. des Naturr. § 189—195.

e) Ср. Кругъ ibid. § 116. прим. I., Гросъ ibid. § 85. прим. I. и Шталь ibib. II. 1. 318. seq. — Различныя мнѣнiя прежнихъ писателей по естественному праву касательно рабства упомянуты у него же, ibid. I. 155. — Эберти: Vers. auf dem Gebiete des Naturr. стр. 130. полагаетъ, что вопросъ о правосообразности рабства «должно рѣшать различно, по различiю временъ и народовъ».

указываетъ уже по имени своему, если истолковывать его этимологически, на существенный признакъ рабства, именно на собственность надъ тѣломъ другаго. Конечно крѣпостное право въ своемъ историческомъ развитiи приняло во многихъ отношенiяхъ болѣе мягкую форму, чѣмъ рабство въ собственномъ смыслѣ. Тѣмъ не менѣе оно противорѣчитъ естественнымъ началамъ права частью потому, что крѣпостной лишенъ права выбора призванiя (§ 83), первоначально доступнаго каждому человѣку и служитъ всѣмъ своимъ личнымъ существованiемъ имущественнымъ цѣлямъ господина [f]); частью же потому, что и въ крѣпостномъ правѣ имѣетъ силу положенiе, что это состоянiе распространяется и на потомковъ крѣпостныхъ. Ибо, хотя кто-нибудь и можетъ посредствомъ договора обязаться за себя пожизненно совершать дозволенныя услуги или другiя дѣйствiя для другаго и вступить въ особенное отношенiе зависимости къ нему [g]); но дѣйствiе такого договора, а слѣдовательно и происшедшее изъ него отношенiе зависимости, не распространяется на дѣтей тѣхъ, кто обязался безъ ихъ согласiя [h]).

§ 83.

3) Право не свободную внѣшнюю дѣятельность въ предѣлахъ права.

Это право состоитъ въ полномочiи, данномъ человѣку, употреблять свои силы во всякомъ направленiи, въ которомъ

f) Ср. Шталь ibid. II. 1. 320.

g) Шталь ibid. II. 1. 408. и Рёдеръ ibid. стр. 165. считаютъ это недопустимымъ. Послѣднiй идетъ такъ далеко, что причисляетъ вообще служебное отношенiе (Dienstbotenverhältniss) къ «видамъ рабства.»

h) Ср. Кругъ ibid. § 116. прим. 2.

они только могутъ проявиться для достиженія дозволенныхъ цѣлей. Оно вытекаетъ непосредственно изъ основанія и цѣли всякаго права вообще (§ 1), лежащей въ природѣ и назначеніи человѣка. Отдѣльныя слѣдствія или составныя части этого обширнаго по объему права весьма разнообразны и прилагаются отчасти при другихъ первообразныхъ правахъ, именно при первомъ, второмъ и пятомъ. Здѣсь же мы ограничимся слѣдующими: 1) право человѣка свободно двигаться во внѣшнемъ мірѣ и безпрепятственно употреблять свои тѣлесныя силы для воздѣйствія на него [a]). 2) Право на осуществленіе цѣлей своей тѣлесной природы и на достиженіе всего того, что годно и полезно для внѣшняго благосостоянія человѣка [b]). 3) Право на осуществленіе цѣлей своей духовной природы, слѣдовательно на содѣйствіе своему умственному, нравственному и религіозному развитію и усовершенствованію. Общее слѣдствіе двухъ послѣднихъ полномочій есть право на свободный выборъ внѣшняго призванія въ жизни, также брачнаго союза и вообще общежитія съ другими людьми [c]), наконецъ мѣстожительства; впрочемъ, что касается до послѣдняго, то свобода выбора можетъ быть уничтожена или ограничена особенными отношеніями, напр. должностными, семейными. Въ тѣсной связи съ правомъ, упомянутымъ подъ № 3, находится свобода мысли, свобода совѣсти и религіи [d]); конечно онѣ могутъ считаться правами на томъ основаніи, что при этомъ идетъ дѣло о возможности воздѣйствія на внѣшній міръ и обратнаго дѣйствія со стороны его (§ 5). [e]). Поэтому подъ свободою мысли разумѣется не внутренняя свобода мысли, состоящая въ томъ, что каждый можетъ развивать, усовершенствовать и употреблять свои мыслительныя способности относительно всякаго предмета, но внѣшняя, т. е. полномочіе высказывать и сообщать другимъ письменно или словесно свои мнѣнія, взгляды и убѣжденія, слѣд. свобода сообщенія мыслей, по аналогіи съ которою должна обсуждаться свобода сообщенія своихъ чувствъ, стремленій и намѣреній другимъ. Подъ свободою совѣсти и религіозной свободой должно разумѣть не внутреннюю способность самому себѣ выработать посредствомъ собственнаго опыта нравственныя и религіозныя убѣжденія, но право открыто признавать свои нравственныя и религіозныя убѣжденія и поступать согласно съ ними, безъ всякаго нарушенія спокойствія и преслѣдованія со стороны другихъ. 4) Право вступать съ другими людьми въ союзы и общества всякаго рода съ извѣстною дозволенною цѣлью (право товарищества или такъ называемое право ассоціаціи) [g]). 5) Право поощрять человѣческія и юридически дозволенныя цѣли другихъ и дѣйствовать на пользу ихъ физическаго и нравственнаго блага, независимо отъ требованій и особенной принятой на себя обязанности [h]).

§ 83. a) Шталь ibid. II. 1. 280. пр. *) (также на стр. 314) думаетъ, что «употребленіе нашихъ тѣлесныхъ органовъ напр. носа для обонянія, свобода спать или бдѣть и т. д.» составляетъ принадлежность естественной свободы; дарованная человѣку Богомъ, эта свобода, «какъ таковая еще не есть право,» ибо она не стоитъ въ связи съ другими людьми, слѣдов. съ нравственнымъ міромъ.—Будь этотъ взглядъ правильный, то изъ него бы слѣдовало, что такимъ выраженіямъ естественной свободы можетъ воспрепятсвовать всякій; при этомъ не могло бы быть и рѣчи о противуправномъ вторженіи въ сферу свободы того, относительно котораго бы поступали такъ. Никто, конечно, не захочетъ признать этого.

b) Ср. Гросъ ibid. § 121.

c) Ср. Рёдеръ ibid. § 57 и 58.

d) Ср. Гросъ ibid. § 117—120. и Рёдеръ ibid. стр. 124. sq.

e) На это не обратилъ вниманія І. Г. Фихте, который въ «Grundlage des Naturr. стр. 54 утверждаетъ, что «нельзя говорить о правѣ на свободу мысли, на свободу совѣсти,» и что существуетъ «возможность для этихъ внутреннихъ дѣйствій и обязанности, но не права».

g) Ср. Аренсъ ibid. 402. и сл. и Редеръ ibid. § 65.

Впрочемъ не должно, конечно, навязываться съ такою дѣятельностью противъ воли другихъ или насильно, ибо и при лучшемъ намѣреніи, это было бы все-таки противное праву вторженіе въ сферу чужой свободы. Вообще всѣ права, исчисленныя въ этомъ §, ограничены потому что по высшему и самому общему началу права, ихъ приложеніе не должно нарушать права другаго. Полезно-ли и притомъ какимъ образомъ полезно ограничивать эти права положительными законами, съ цѣлью помѣшать возможнымъ злоупотребленіямъ и вытекающимъ отсюда опасностямъ и невыгодамъ для общественнаго порядка, нравственности и благосостоянія — это должна изслѣдовать политика.

§ 84.

4) Право на пріобрѣтеніе вообще и на пріобрѣтеніе и употребленіе вещей въ особенности.

Въ правѣ личности человѣка заключается въ тоже время его способность къ пріобрѣтенію, т. е. возможность пріобрѣтать новыя права и тѣмъ расширять свою юридическую сферу. Если это право понимать въ смыслѣ общечеловѣческаго, — то оно относится лишь къ пріобрѣтенію такихъ правъ, которыя могутъ принадлежать безразлично каждому человѣку, какъ правоспособному субъекту, и, слѣдовательно, не обусловливаются особенными личными качествами, положеніями и отношеніями, которыя неравномѣрно распредѣлены между всѣми. Также въ каждомъ случаѣ, гдѣ должно прилагаться это право, оно требуетъ юридической формы пріобрѣтенія. Общая возможность юридическаго пріобрѣтенія, заключающаяся въ способности пріобрѣтенія, осуществляется посредствомъ этой формы для извѣстнаго субъекта, способнаго къ пріобрѣтенію извѣстнаго права (§ 52. № 3). Ближайшій и самый непосредственный объектъ пріобрѣтенія для каждаго человѣка составляетъ то, что̀ присоединяется въ немъ самомъ къ привнесенному имъ при рожденіи, посредствомъ физическаго и духовнаго развитія и усовершенствованія его организма, именно тѣ знанія и тѣ способности, которыя пріобрѣтены собственною дѣятельностью и трудомъ [a]). Но ему принадлежитъ первообразное и исключительное право и на то, что онъ производитъ собственными силами, по скольку произведенное можетъ быть по своей природѣ и продолжительному бытію предметомъ права, именно потому, что произведеніе человѣка есть выраженіе его личности, слѣдовательно право личности было бы нарушено, еслибъ другой захотѣлъ присвоить себѣ его произведеніе или распоряжаться имъ.

h) Ср. Рёдеръ ibid. § 59. Уже Гай признаетъ это за естественное право въ L. 39. D. de negot. gest. (III. 5.). « . . . . Naturalis enim, simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem, etiam ignorantis et inviti, nos facere posse, deteriorem non posse.»

§ 85.

Что же касается до вещей, находящихся во внѣшнемъ мірѣ, то для подробнѣйшаго опредѣленія относящагося къ нимъ первообразнаго права человѣка слѣдуетъ различать двоякаго рода вещи: однѣ назначены по природѣ для общаго пользованія людей и ихъ поэтому нельзя подвести, по крайней мѣрѣ, въ цѣломъ, подъ исключительное господство отдѣльныхъ лицъ (§ 42); другія способны сдѣлаться объектами исключительнаго господства отдѣльныхъ лицъ (§ 42). Всѣ люди имѣютъ одинаковое право пользованія вещами пер-

§ 84. a) Кругъ ibid. § 36. называетъ это «пріобрѣтеннымъ внутреннимъ правомъ собственности.»

ваго рода [a]); что же касается до вещей втораго рода, которыя слѣдуетъ считать необходимыми средствами для удовлетворенія человѣческихъ потребностей и для достиженія человѣческихъ жизненныхъ цѣлей, то каждому человѣку должно принадлежать первообразное право не только пользоваться ими для удовлетворенія и для достиженія своихъ цѣлей, на сколько это возможно безъ нарушенія права другаго, но и право присвоивать ихъ себѣ, то есть вступать въ такую связь съ ними, что онѣ являются принадлежащими человѣку и замкнутыми въ сферу его свободы, такъ что никто не можетъ воздѣйствовать на нихъ, не нанося вреда личности ихъ собственника [b]). Слѣдовательно первоначально ни одинъ человѣкъ не обладаетъ дѣйствительнымъ и исключительнымъ правомъ на такія вещи, которыя не назначены для общаго пользованія людей; ему принадлежитъ только одна юридическая возможность пользоваться этими вещами и присвоивать ихъ себѣ [c]). Но если это общечеловѣческое право прилагается и употребляется извѣстнымъ человѣкомъ въ отношеніи къ такой вещи, которая способна къ исключительному господству отдѣльныхъ лицъ, то она пареходитъ вполнѣ или отчасти въ область его права [d]); вслѣдствіе того онъ можетъ съ этихъ поръ исключать всякаго другаго

§ 85. a) Это прямо признается и въ Римскомъ правѣ. § 1—5. J. de rer. divis. (II. 1.) L. 2. § 1. L. 3. L. 4. pr. и L. 5. D. eod. (I. 8.). Ср. и L. 2. § 9. D. ne quid in loco publ. (XLIII. 8.) и L. 13. § 7. de injur. (XLVII. 10).

b) Но Рёдеръ (ibid. 205) несправедливо полагаетъ, что природѣ вещи почти также противорѣчитъ исключительная частная собственность на землю, какъ и частная собственность на море, воздухъ и свѣтъ.

c) Ср. Гросъ ibid. § 130—132.

d) Это основное положеніе такъ выражается въ римскомъ правѣ: «Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur» L. 3. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) и § 12. J. de rer. divis. (II. 1.).

изъ пользованія или присвоенія этой вещи. Это есть родъ предупрежденія, котораго юридическая сила, состоящая въ пріобрѣтеніи собственности надъ вещью, дотолѣ никому не принадлежавшею, основывается на признаніи лица и его дѣйствія, поэтому юридически необходима [e]).

См. Кругъ ibid. § 30. прим. 1 и 2. и Шталь ibid. I. 145. и сл. относительно и противъ первоначальнаго общенія имуществъ, принимаемаго прежними писателями объ естественномъ правѣ.—И Кантъ ibid. стр. 81. принимаетъ за необходимое условіе для пріобрѣтенія исключительнаго права на вещь — общее владѣніе вещью (первоначальное или установленное), въ которомъ всѣ участвуютъ. Аренсъ ibid. стр. 433. такъ говоритъ о первоначальномъ отношеніи людей къ вещамъ: «Земля есть общее достояніе человѣчества, какъ совокупность всѣхъ предметовъ, которые вслѣдствіе дѣятельности живыхъ существъ становятся средствами для жизни и для развитія ихъ. Юридическое отношеніе человѣчества къ землѣ, т. е. къ совокупности вещей, есть, слѣдственно, отношеніе собственника къ собственности, мастера къ орудію, цѣли къ средству.

§ 86.

5) Право на сношенія по дѣламъ и на правдивость и честность въ нихъ.

Силы отдѣльныхъ лицъ недостаточны для удовлетворенія разнообразныхъ жизненныхъ потребностей и для достиженія различнаго рода человѣческихъ цѣлей; все это можетъ быть достигнуто только посредствомъ совмѣстнаго дѣйствія человѣческихъ силъ и взаимнаго обмѣна человѣческихъ услугъ,

e) Ср. Шталь II. 1. 316. и 390. и сл. Варнкёнигъ: Rechtsphilos. 292. утверждаетъ напротивъ, что нужно «положительное начало, которое бы постановляло, въ какихъ случаяхъ кто-нибудь имѣетъ исключительное право на вещь». — Касательно другихъ мнѣній, по которымъ бытіе собственности должно быть установлено только положительнымъ правомъ, см. прибавленіе къ § 97.

а потому каждому человѣку принадлежитъ прирожденное право вступать въ торговыя сношенія съ другими людьми по степени своихъ индивидуальныхъ потребностей и цѣлей, и заключать всякаго рода дозволенные договоры. Съ этимъ соединяется право на правдивость и честность, въ силу котораго каждый человѣкъ можетъ требовать, чтобъ другіе не обманывали его въ юридическихъ сношеніяхъ посредствомъ противныхъ истинѣ показаній или нечестныхъ дѣйствій [a]). Принятіе этого права, какъ первообразнаго, потому необходимо, что безъ него не было бы нужной вѣрности и надежности въ юридическихъ сношеніяхъ, безъ которыхъ человѣческое общество не можетъ существовать. Но соотвѣтствующая этому праву обязанность правдивости и честности собственно отрицательна по своему содержанію (§ 49.), какъ вообще первообразныя и общія обязанности; она состоитъ въ томъ, чтобъ воздерживаться въ юридическихъ сношеніяхъ съ другими лицами отъ всякой лжи и обмана [b]). Впрочемъ, что касается до формы, то обманывать можно не только посредствомъ положительнаго дѣйствія, но и посредствомъ уклоненія отъ показаній, которыя должно бы сдѣлать въ извѣстномъ юридическомъ отношеніи заинтересованное въ немъ лицо по обязанности честности (§ 121.).

---

§ 86. a) Ср. Рёдеръ ibid. § 60. — Кругъ ibid. § 60. прим. 2. высказывается онъ противъ права на правдивость.

b) Поэтому, когда спрашиваютъ, слѣдуетъ ли отвѣчать по правдѣ внѣ сдѣлки или юридическаго отношенія, на вопросъ другаго, желающаго узнать что нибудь касательно извѣстнаго факта или событія, то можно отвѣчать, что вообще никто юридически не обязанъ давать желаемаго отвѣта (за исключеніемъ особенныхъ подчиненныхъ отношеній (Subordinations-Verhältnisse) и государственныхъ функцій, каковы напр. свидѣтельство передъ судомъ); но что если на это соглашаешься, то вступаешь въ временное юридическое отношеніе къ другому, къ которому прилагается общая отрицательная обязанность, воздерживаться отъ всякой неправды въ юридическихъ сношеніяхъ съ другими, такъ что берешь на себя отвѣтственность за вредныя послѣдствія лжи или обмана.

§ 87.

б) Право необходимой обороны.

Подъ правомъ необходимой обороны или вынужденнаго самоуправства должно вообще разумѣть право защищаться въ случаяхъ крайности противъ незаконныхъ нападеній и собственоручно охранять свое право [a]). Это право, основывается на томъ, что всякое право въ собственномъ смыслѣ должно быть защищаемо противъ нарушенія его (§ 9) посредствомъ принужденія. Впрочемъ относительно объема своего приложенія оно весьма различно въ государствѣ и внѣ его. Внѣ государства, гдѣ нѣтъ публичной власти, уполномоченной и обязанной къ общей защитѣ права, гдѣ поэтому каждому отдѣльному обладателю права предоставляется защищать его самому или посредствомъ своего представителя, — тамъ это право имѣетъ мѣсто при всякомъ правонарушеніи, будетъ ли оно неминуемо угрожать, будетъ ли оно начато или совершено. Въ государствѣ, напротивъ, право необходимой обороны можетъ быть прилагаемо отдѣльными лицами только въ видѣ исключенія, такъ какъ защита правъ всѣхъ гражданъ принадлежитъ государственной власти и уполномоченнымъ къ тому государственнымъ сановникамъ (§ 11.). Право необходимой обороны прилагается здѣсь отчасти и преимущественно въ такихъ случаяхъ незаконнаго нападенія, къ отпору котораго государственная власть не можетъ быть приз-

---

§ 87. a) Это общее понятіе о правѣ необходимой обороны особенно неизбѣжно для международныхъ отношеній. — Это понятіе имѣетъ общій смыслъ, у Цицерона Top. c. 23. который приводитъ «tuitio sui», какъ право основанное на естественной aequitas; далѣе, когда оно причисляется къ результатамъ jus gentium въ L. 3. D. de justit. et jur. (I. 1): «Ut vim atque injuriam propulsemus. Nam jure hoc evenit,

нана и не въ силахъ приступить [b]), напр. когда нужно отвратить опасность, неминуемо грозящую жизни, здоровью, имуществу, или законному владѣнію вещью; частью, когда государственная власть медлитъ подать испрошенную юридическую помощь безъ всякаго основанія или даже злоупотребляетъ своею силою, и нарушаетъ право и нѣтъ никакого другаго средства для отвращенія правонарушенія [d]). Впрочемъ право необходимой обороны прекращается въ государствѣ и въ случаяхъ перваго рода, о которыхъ исключительно мы будемъ говорить здѣсь, когда опасность, произведенная незаконнымъ нападеніемъ, уже миновалась, или когда правонарушеніе уже совершено и не предстоитъ повторенія такого же или другаго правонарушенія, развѣ только будетъ необходимо захватить и задержать противника. Дальнѣйшее самоуправство

---

ut, quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur . . . .»

b) Понятіе о необходимой оборонѣ относятъ обыкновенно только къ этимъ случаямъ, не принимая въ соображеніе болѣе общаго значенія ея, ср. напр. Аренсъ ibid. 360. и Рёдеръ ibid. 120.

c) Cic. pro Milone c. 4. « . . . . Est haec non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus: ut, si vita nostra in aliquas insidias, si in vim, si in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis. Silent enim leges inter arma, nec se exspectari jubent, quum ei, qui exspectare velit, ante injusta poena luenda sit, quam justa repetenda.» — L. 4. pr. D. ad leg. Aquil. (XI. 2.) « . . . . adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.» L. 5. pr. и L. 45. § 4. D. eod. « . . . . vim enim vi defendere omnes leges omniaque jura permittunt . . . .» L. 1. § 27. D. de vi (XLIII. 16). «Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur. . . . .»

d) Впрочемъ Аренсъ считаетъ неприложимою къ государственному праву необходимую оборону частнаго права.—Подробности, относящіяся сюда, принадлежатъ къ государственному праву.

со стороны того, на котораго напали, было бы вторженіемъ въ сферу права наказанія совершенныхъ преступленій, принадлежащаго одной государственной власти.

§ 88.

Что же касается до мѣры физической силы, которую должно употреблять въ случаяхъ необходимой обороны, то она опредѣляется на томъ же основаніи, какъ и мѣра юридическаго принужденія вообще. Какъ послѣднее не должно переходить за предѣлы защиты нарушаемаго или нарушеннаго права (§ 62.), такъ и при необходимой оборонѣ нельзя идти далѣе, чѣмъ это необходимо для отвращенія противузаконнаго нападенія и опасности для того лица, на которое напали; если эта мѣра нарушается, то совершается несправедливость [a]). Однако юридическая возможность необходимой обороны не исключается тѣмъ обстоятельствомъ, что въ приложеніи ея можно дойти до убіенія нападающаго, когда именно, отвращеніе опасности невозможно иначе для того, на кого сдѣлано нападеніе [b]). Но такъ какъ необходимая оборона, доведенная до этой крайности, конечно представляетъ затрудненія въ нравственномъ отношеніи, особенно когда жизнь того, на котораго напали, не находится въ неминуемой опасности; такъ какъ, далѣе, во многихъ случаяхъ едва ли можно опредѣлить съ юридической точностью, какъ далеко должно простираться право необходимой обороны для достиженія

---

§ 88. a) Кантъ ibid. стр. 41. однако полагаетъ, что при необходимой оборонѣ «совѣтъ — быть умѣреннымъ (moderamen), относится не столько къ праву, сколько къ этикѣ.»

b) Но это указываетъ уже Цицеронъ въ § 87 прим. с): «ut . . . . omnis honesta ratio esset expediendae salutis; это прямо признается въ L. 4. pr. и L. 5. pr. D. ad leg. Aquil. (XI. 2.) и въ L. 9. D. ad leg. Cornel. de sicar. (XLVIII. 8). Ср. и Кругъ ibid. § 61. прим. 1. стр. 211. и сл.

цѣли, то относительно такихъ сомнительныхъ случаевъ не остается другаго средства, какъ предоставить сужденіе объ нихъ и мѣры, обусловливаемыя имъ, совѣсти того, противъ котораго направлено противузаконное нападеніе [c]).

Право необходимой обороны можно также назвать просто правомъ нужды. (Nothrecht). Но это выраженіе обыкновенно принимается и въ другомъ смыслѣ: именно, подъ нимъ разумѣется право на самосохраненія, когда въ случаяхъ крайней нужды, т. е. въ состояніи неминуемой опасности жизни, нарушаются права другаго, несовершившаго ничего противнаго праву. (Ср. напр. Варнкёнигъ Rechtsphilos. Стр. 270 и сл.). Но такое право въ собственномъ смыслѣ не можетъ быть принято, по крайней мѣрѣ въ отношеніяхъ между частными лицами, потому что дѣйствія, въ которыхъ оно состоитъ, основываются на нарушеніи права другаго лица, невиновнаго, и, слѣдовательно, заключаютъ въ себѣ несправедливость, а на несправедливость никто не имѣетъ права. Далѣе крайняя нужда не можетъ произвести такого переворота въ правѣ, по которому бы правомъ стало то, что само по себѣ противно праву; (сюда относится пословица: Noth bricht kein Gebot). Но истинные случаи крайней нужды въ томъ отношеніи своеобразны, что къ нимъ не прикладываются юридическія предписанія; дѣйствія, совершаемыя кѣмъ-нибудь для спасенія своей жизни въ случаѣ крайней нужды, въ которой онъ не виновенъ, не могутъ считаться ни выраженіемъ принадлежащаго ему права, ни чѣмъ-нибудь противуправнымъ, влекущимъ за собою отвѣтственность. Ср. Кантъ ibid. стр. 41. и сл. Гросъ ibid. § 39. и 40. Аренсъ ibid. стр. 364—366. и Рёдеръ ibid. стр. 58. и 119. и сл. Отъ такъ называемаго частнаго права крайней нужды должно отличать государственное право крайней нужды, обусловленное соображеніями государственной цѣли и общаго блага; мы разсмотримъ это подробнѣе въ естественномъ государственномъ правѣ.

---

c) Ср. Аренсъ ibid. стр. 367. и Рёдеръ ibid. стр. 21.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

О ВЕЩНЫХЪ ПРАВАХЪ.

§ 89.

Понятіе и природа вещныхъ правъ вообще и собственность въ особенности.

Вещными правами называются такія права, которыя имѣютъ предметомъ извѣстную вещь; они могутъ быть предъявлены противъ всякаго, кто наноситъ вредъ субъекту ихъ (§ 46. прим. 2.). Природа и послѣдствія таковаго права состоятъ въ томъ, что обладатель вещи, на сколько простирается его право, можетъ ею распоряжаться, употреблять ее какъ средство для своихъ цѣлей и исключать другихъ отъ воздѣйствія на вещь, противнаго его праву. Слѣдовательно это право связано съ вещью, какъ съ своимъ объектомъ. Вещь находится въ сферѣ свободы своего обладателя или всецѣло, или только отчасти, смотря потому, подчинена ли она ему вполнѣ, или только въ извѣстномъ отношеніи. — Важнѣйшее между вещными правами есть право собственности; оно — первообразное и самостоятельное право на вещь [a]); но кромѣ его возможны и другія вещныя права, которыя однако предполагаютъ собственность другаго: это пра-

---

§ 89. a) Шталь справедливо выставляетъ этотъ характеръ собственности въ Philos. d. Rechts II. 1. 385.

ва на чужія вещи (§ 91. и 111.). — Что же касается до слова собственность, то оно принимается въ тѣсномъ и обширномъ смыслѣ. Въ обширномъ смыслѣ собственностью называется все то, что дѣйствительно составляетъ юридическій объектъ лица, слѣдовательно принадлежитъ ему (§ 42. въ концѣ); всеравно, будетъ ли это нѣчто вещественное или невещественное, связанное непосредственно съ личностью человѣка, или имѣющее самостоятельное бытіе. Въ этомъ обширномъ смыслѣ можно говорить и о духовной собственности, разумѣя подъ этимъ выраженіемъ право на наши духовныя силы и знанія [b]). Въ тѣсномъ же смыслѣ, относящемся сюда, слово собственнность прилагается только къ тѣлеснымъ вещамъ, существующимъ отдѣльно отъ человѣка [c]); оно употребляется для обозначенія, какъ

b) Аренсъ въ Rechtsphilos. 437. и сл. называютъ такую собственность умственною; но это выраженіе двусмысленно въ томъ отношеніи, что оно можетъ означать и собственность еще только воображаемую, тогда какъ тутъ идетъ рѣчь о дѣйствительной собственности, но только духовной. Кромѣ того Аренсъ ibid. принимаетъ еще нравственную собственность и причисляетъ сюда напр. уваженіе, честь и даже любовь.—Онъ полагаетъ, что умственная собственность также мало принадлежитъ къ области права, какъ и нравственная; но она состоитъ въ связи съ юридическою областью, такъ какъ всякій въ предѣлахъ права можетъ дѣлать любое употребленіе изъ своихъ духовныхъ силъ и знаній, безъ всякаго препятствія со стороны другихъ. Ср. также Редеръ: Grundz. d. Naturr. стр. 208. — Впрочемъ Варнкёнигъ: Rechtsphilos. 367. утверждаетъ, что право собственности надъ невещественными предметами «всегда дѣло законовъ».

c) Шталь имѣетъ въ виду единственно этотъ болѣе тѣсный смыслъ, объявляя несостоятельнымъ понятіе о духовной собственности (ibid. II. 2. 79.); онъ говоритъ: «невещественная собственность юридически — нелѣпость». Но и въ римскомъ правѣ слово dominium употребляется не только для собственности вещественной, но прилагается и къ правамъ на невещественные предметы (§ 2. J. de rebus incorporal. II. 2.), напр. L. 3. in f. D. si ususfr. pet. (VII. 6.) L. 15. § 8. D. quod vi aut clam (XLIII. 24.) L. 70. § 1. D. de verb. signif. (L. 16.).

права, такъ и предмета права. Право собственности вообще состоитъ въ полномъ юридическомъ господствѣ надъ тѣлесною вещью, или въ правѣ исключительно пользоваться и произвольно распоряжаться ею. Полнѣйшее между всѣми вещными правами, по своей первоначальной природѣ, оно въ то время самое сообразное съ природой и самое необходимое право [e]): безъ частной собственности человѣкъ не могъ бы удовлетворять своимъ матеріальнымъ потребностямъ въ теченіе земной жизни, не могъ бы развить и заявить свою индивидуальность посредствомъ свободнаго выбора образа жизни, не могъ бы даже исполнить многія нравственныя обязанности [f]). — Но прежде чѣмъ приступить къ подробной характеристикѣ этого права, слѣдуетъ еще разсмотрѣть владѣніе и его отношеніе къ собственности: хотя въ обыкновенномъ языкѣ выраженіе владѣніе нерѣдко принимается

d) Аренсъ такъ опредѣляетъ право собственности: это — «право, вытекающее изъ человѣческой личности, по которому она уполномочивается къ дѣйствіямъ, служащимъ къ пріобрѣтенію, сохраненію и согласному съ цѣлями человѣка употребленію и потребленію вещей; эти дѣйствія должны согласоваться съ общимъ началомъ права». Но здѣсь скорѣе опредѣляется всеобщее человѣческое право на пріобрѣтеніе и употребленіе вещей (§ 85.), чѣмъ конкретное право собственности извѣстнаго лица на извѣстную вещь, напротивъ къ послѣднему праву, конечно, приложима характеристика, которую находитъ на стр. 463. именно, что оно — «полная юридическая власть лица надъ вещью». — Впрочемъ Рёдеръ ibid. 211. полагаетъ, что «вещь никогда не можетъ быть собственностью въ цѣломъ существѣ своемъ (въ своей такъ называемой субстанціи), но только въ отношеніи особенныхъ свойствъ и силъ своихъ, служащихъ для извѣстныхъ жизненныхъ цѣлей.»

e) Необходимость частной собственности отвергается нѣкоторыми, между прочимъ Гуго: Lehrbuch d. Naturr. § 104. и 105. — О соціалистическихъ и коммунистическихъ ученіяхъ и противъ нихъ см. сочиненія, приведенныя въ § 25. прим. а).

f) Ср. Шталь ibid. II. 1. 351. и сл. и Эберти: Versuche auf dem Gebiete d. Naturr. 122—127. — Гегель: Naturr. § 45. ищетъ назна-

за тождественное съ собственностью, но эти два понятія существенно различны съ юридической точки зрѣнія и въ научномъ языкѣ.

§ 90.

Понятіе и природа владѣнія.

Владѣніемъ называется вообще фактическое отношеніе обладанія и обусловленная имъ возможность пользованія [a]); въ этомъ обширномъ смыслѣ, подобно собственности (§ 89.), владѣніе можетъ быть распространено на все то, относительно чего мы находимся въ фактическомъ отношеніи. Въ тѣсномъ смыслѣ, относящемся сюда, понятіе о владѣніи, какъ и понятіе о собственности, прилагается къ вещественнымъ предметамъ и выражаетъ обладаніе такими предметами, т. е. отношеніе человѣка къ вещи, вслѣдствіе котораго ему физически возможно произвольно воздѣйствовать на нее и исключать другихъ отъ такого воздѣйствія. Слѣдовательно владѣніе относится къ собственности, какъ физическая возможность воздѣйствія на вещь къ юридической, или какъ фактическое господство надъ вещью къ юридическому [b]). Поэтому можно быть владѣльцемъ вещи, не будучи собственникомъ ея, и на оборотъ,

---

ченіе собственности въ томъ, «что я, какъ имѣющій свободную волю, являюсь во владѣніи фактически, а потому и пріобрѣтаю истинную свободную волю.» Поэтому «съ точки зрѣнія свободы — собственность есть первоначальное бытіе ея, существенная цѣль для самой себя». — Безспорно нѣкоторыя вредныя послѣдствія связаны съ частною собственностью и произведеннымъ ею неравенствомъ имуществъ, ср. Гуго ibid. § 97—103.; но и на сторонѣ общности или равенства имуществъ есть весьма важныя затрудненія. Ср. Шталь ibid. 352. и сл. — Юридико-политическія воззрѣнія на организацію имущественныхъ отношеній въ обществѣ можно найти у Аренса ibid. стр. 498—523. Ср. и Варнкенигъ ibid. § 162. и 163. и Рёдеръ ibid. § 82. 85. и 90—92.

§ 90. a) Ср. Рёдеръ ibid. стр. 214. и сл.

b) Ср. Савиньи: Recht des Besitzes. § 1.

быть собственникомъ вещи, не владѣя ею; но и то и другое, собственность и владѣніе, могутъ быть соединены въ одномъ и томъ же лицѣ [c]). Въ послѣднемъ случаѣ владѣніе является не только какъ естественная основа права собственности [d]), но и какъ пользованіе имъ (§ 92. № 1). Но если вещью владѣетъ не собственникъ, а кто-нибудь другой, то для обозначенія юридической природы владѣнія важно обстоятельство, пріобрѣтено ли оно законнымъ или незаконнымъ образомъ; въ первомъ случаѣ существенно условіе, находится ли при владѣніи, о которомъ идетъ рѣчь, все то, что необходимо для дѣйствительнаго права владѣнія, или нѣтъ. Владѣніе пріобрѣтается законнымъ образомъ, когда фактъ или дѣйствіе, посредствомъ котораго лицо вступаетъ во владѣніе вещью, сообразны съ основными юридическими положеніями и пріобрѣтатель владѣнія дѣйствуетъ по совѣсти, (sich im guten Glauben befindet), т. е. когда онъ думаетъ, что онъ имѣетъ право на пріобрѣтеніе владѣнія извѣстною вещью; это бываетъ, напримѣръ, тогда, когда онъ считаетъ вещь неимѣющею собственника или принимаетъ за полноправнаго собственника вещи то лицо, отъ котораго онъ ее получаетъ. Напротивъ владѣніе незаконно, если при его пріобрѣтеніи недостаетъ одного изъ этихъ двухъ условій, а также когда съ теченіемъ

---

c) Кантъ: Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. стр. 56. 62. и сл. 69. 71. и сл. называетъ обладаніе вещью чувственнымъ или физическимъ или эмпирическимъ владѣніемъ, владѣніемъ въ явленіи (possessio phaenomenon), и отличаетъ отъ него мыслимое или чисто-юридическое владѣніе, какъ нѣчто представляемое умомъ (possessio noumenon), которое дѣйствительно и безъ обладанія.

d) Этотъ взглядъ высказывается и въ Римскомъ правѣ L. 1. § 1. D. de acquir. possess. (XVI. 2.): «Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere de his, quae terra, mari, coeloque capiuntur; nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum apprehenderint....»

времени владѣлецъ перестаетъ дѣйствовать по совѣсти: такъ напр. если онъ узнаетъ, что лицо, передавшее ему владѣніе вещью, не могло распоряжаться ею. Пріобрѣтеніе владѣнія имѣетъ полную силу только въ такомъ случаѣ, когда при особыхъ условіяхъ, осуществляется намѣреніе пріобрѣтателя — получить вмѣстѣ со владѣніемъ и посредствомъ его право на вещь. — Этотъ результатъ, конечно, достигается при пріобрѣтеніи владѣнія вещью, уже состоящею въ собственности другаго лица, только съ согласія его (§ 70.); если поэтому кто-нибудь пріобрѣтаетъ владѣніе вещью, хотя и вслѣдствіе дѣйствія самого по себѣ законнаго и по совѣсти, но безъ воли собственника, отъ другаго лица, не могущаго располагать вещью, то такое владѣніе, хотя и законное, не имѣетъ полной силы, т. е. не можетъ дать пріобрѣтателю отыскиваемое имъ право на вещь.

§ 91.

Для опредѣленія юридической природы и послѣдствій владѣнія можно сдѣлать слѣдующій выводъ изъ означеннаго въ предшествующемъ § различія въ пріобрѣтеніи и свойствахъ владѣнія чужою вещью [a]): Если владѣніе незаконно, то оно представляетъ отношеніе, противное праву, и изъ него для владѣльца не можетъ произойти никакого права (§ 52. № 3.); владѣлецъ долженъ скорѣе подвергнуться невыгоднымъ для

§ 91. a) Не различая разнообразныхъ случаевъ относящихся сюда, Аренсъ ibid. стр. 468. утверждаетъ слѣдующее: «Владѣніе есть юридическое отношеніе лица къ вещи» и далѣе: «фактическое отношеніе есть ничто иное, какъ простое обладаніе, которое совершенно различно отъ владѣнія». — Вопросъ, есть ли владѣніе, на основаніи философскаго взгляда, фактъ или право, изслѣдованъ у Эберти ibid. 133—138., но онъ пришелъ къ другому результату, чѣмъ мы. — У Шталя ibid. II. 1. 395—406. находимъ также другую теорію, большею частью основанную на Римскомъ правѣ и на нѣмецкой процессуальной практикѣ.

него послѣдствіямъ нарушенія права (§ 61.), какъ умышленный нарушитель чужаго права. Если, напротивъ, владѣніе, хотя и законное, но не имѣющее силы, то невыгодныя послѣдствія, обусловленныя незаконностью владѣнія, не падаютъ на владѣльца, и послѣдній долженъ быть защищаемъ въ своемъ владѣніи противъ произвольныхъ и незаконныхъ нападеній; однако такое владѣніе не даетъ права на вещь и имѣетъ въ этомъ случаѣ болѣе значеніе фактическаго, чѣмъ собственно юридическаго отношенія [b]). Владѣніе имѣетъ значеніе права только тогда, когда оно пріобрѣтено законно и въ то же время имѣетъ полную силу; по естественному пониманію оно имѣетъ свойство такого права, которое непосредственно коренится въ вещи, слѣдовательно вещнаго права. Это право не имѣетъ само по себѣ абсолютной цѣны, а служитъ только средствомъ для приложенія другаго права, относящагося къ той же вещи и, слѣдовательно, зависитъ отъ его объема и продолжительности; но пока это право существуетъ, оно должно быть защищаемо, какъ вещное право, и предъявляемо владѣльцемъ противъ всякаго, кто препятствуетъ его владѣнію или дѣлаетъ невозможнымъ приложеніе права, обусловленнаго владѣніемъ [c]). — Но римское право во многихъ отношеніяхъ отступаетъ отъ этого естественнаго взгляда на владѣніе и притомъ преимущественно слѣдующимъ образомъ:

b) Такимъ владѣльцемъ бываетъ напр. тотъ, который занялъ для себя мѣсто дозволеннымъ образомъ въ публичномъ зданіи, Cic. de fin. III. c. 20. « . . . . theatrum ut commune sit, recte tamen dici potest, ejus esse eum locum, quem quisque occuparit;» также тотъ, которому передана вещь собственникомъ ея съ цѣлью собственной его выгоды (для сохраненія ея, для отдѣлки), и тотъ, который получаетъ вещь съ цѣлью пріобрѣсть право на нея отъ человѣка, котораго онъ ложно считаетъ за ея собственника.

c) Такое владѣніе слѣдуетъ принять, напр. относительно залоговѣрителя, пользователя, арендатора или фермера, лица ссужающаго и т. д.

1) владѣніе считается въ немъ только тогда юридическимъ, т. е. имѣющимъ юридическія послѣдствія, когда обладатель вещи имѣетъ намѣреніе, владѣть ею какъ собственностью [d]), а не тогда, когда его намѣреніе направлено только на то, чтобъ владѣть вещью, какъ принадлежащею другому, или прилагать къ ней право чужой собственности, хотя бы и для собственной выгоды [e]); 2) владѣніе и въ первомъ случаѣ даетъ право не на вещный искъ, а только на особенныя юридическія средства (interdicta), принадлежащія скорѣе къ личнымъ, чѣмъ къ вещнымъ искамъ, ибо они могутъ быть направлены только противъ тѣхъ, кто воспрепятствовалъ владѣнію или уничтожилъ его посредствомъ противузакон-

d) Такое намѣреніе называется въ римскомъ правѣ «affectio tenendi» или «possidendi affectus или animus», L. 1. § 3. D. de acquir. possess. (XLI. 2.). L. 41. in f. D. de reb. cred. (XII. 1.), у Theophil. II. 9. § 4 и III. 29. § 2. «ψυχὴ δεσπόζοντος,» у новыхъ писателей обыкновенно «animus domini», или «rem sibi habendi», или «affectio dominii.» — Лишь въ этомъ болѣе тѣсномъ смыслѣ разумѣютъ многіе философы права понятіе о владѣніи; напр. Шталь ibid. II. 1. стр. 395. и Аренсъ ibid. 468.

e) Поэтому юридическое владѣніе не прилагается къ лицамъ, названнымъ въ прим. c.); юридическимъ владѣльцемъ считается скорѣе другое лицо, во имя котораго они владѣютъ. L. 12. pr. L. 18. pr. и L. 30. § 6. D. de acquir. possess. L. 9. D. de rei vindic. (VI. 1.). L. 1. § 22. D. de vi (XLIII. 16.). Между тѣмъ по исключеніи юридическимъ владѣльцемъ признается иногда и такое лицо, которое по природѣ своего юридическаго отношенія, не можетъ имѣть намѣренія владѣть вещью, находящеюся въ его распоряженіи, напр. залоговѣритель L. 1. § 15. D. de acquir. possess. L. 16. D. de usurpat. (XLI. 3.). Ср. также Савиньи ibid. § 24. и 25.

f) Publiciana in rem actio дѣлаетъ въ томъ отношеніи исключеніе изъ этого правила, что дозволяетъ получившему вещь на законномъ основаніи и по доброй совѣсти отъ лица, не имѣвшаго на нее право собственности, искать эту вещь, если онъ лишится владѣнія ею по истеченіи узукапіи. L. 1. 3. и 13. pr. D. de Public. in rem act. (VI. 2). Но такъ какъ искъ основывается на фикціи, что первоначально начавшаяся узу-

наго дѣйствія [g]); 3) и незаконное владѣніе даетъ право на защиту противъ нарушеній или нанесенія вреда [h]); 4) владѣніе, пріобрѣтенное на закономъ основаніи и по совѣсти, но безъ воли собственника, слѣдовательно неимѣющее полной силы, даетъ владѣльцу право собственности на вещь по прошествіи установленнаго закономъ времени [i]); въ этомъ состоитъ существо «давности» (§ 73.).— Впрочемъ такъ какъ каждый владѣлецъ пользуется общимъ правомъ невиновности (§ 81.), то предполагается, что его владѣніе—законное, пока не будетъ доказано противное тѣмъ, кто оспариваетъ законность владѣнія.

Аренсъ ibid. 468. и сл. различаетъ внутреннее и внѣшнее право владѣнія. Внутреннее право владѣнія касается «юридическихъ условій относительно вещи, требуемыхъ субъективною личностью», т. е. ея «субъективно юридическаго отношенія къ вещи». Эти условія— слѣдующія: юридическое основаніе, изъ котораго лицо выводитъ владѣніе, и добросовѣстность, которая опредѣляетъ честность владѣнія. Внѣшнее же право

капія вещи уже истекла, § 3. и 4. J. de action. (IV. 6.), то она поэтому получаетъ характеръ иска по собственности. L. 7. § 6. D. de Public. in rem. act.

g) L. 1. § 3. D. de interdict. (XLIII. 1.). «Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt».

h) § 6. J. de interdict. (IV. 15.). L. 1. § 9. и L. 2. D. uti possidet. (XLIII. 17.) L. 58. D. de acquir. possess. Ср. Рудорфъ въ Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. T. VI. стр. 90. и сл. Различныя мнѣнія о причинѣ защиты владѣнія упоминаются у Шталя ibid. II. 1. 465. Онъ самъ находитъ ее въ ненарушимости фактическаго отношенія лица къ вещи. — Аренсъ ibid стр. 470. думаетъ, что государство защищаетъ «лишь внѣшнее фактическое отношеніе, предполагая, что это отношеніе устроено каждымъ владѣльцемъ сообразно съ правомъ» и потому что государство не можетъ и не должно вторгаться въ «личную и внутреннюю область права.» Ср. и Рёдеръ ibid. стр. 216. и сл.

i) pr. J. de usucap. (II. 6.).

владѣнія заключаетъ въ себѣ «условія для защиты и возстановленія владѣнія, (т. е. interdicta retinendae possessionis и interdicta recuperandae possessioins), далѣе для пріобрѣтенія владѣнія вслѣдствіе совершенной юридической сдѣлки, нап. купли, найма и т. далѣе».

§ 92.

Подробная характеристика собственности.

Собственность въ своемъ общемъ и полномъ объемѣ, слѣдовательно независимо отъ ограниченій, могущихъ имѣть различныя основанія (§ 93.), есть совокупность всевозможныхъ правъ на вещь и содержитъ въ себѣ поэтому слѣдующія отдѣльныя права на вещь: 1) Право владѣть вещью. 2) Право распоряжаться ею дозволеннымъ образомъ и дѣлать изъ нея какое угодно употребленіе. 3) Право произвольно поступать съ нею, слѣдовательно измѣнять ее, потреблять ее вполнѣ или по частямъ, наконецъ уничтожать ее [a]). 4) Право исключать всѣхъ другихъ изъ пользованія вещью или распоряженія ею [b]). 5) Право иска, т. е. право предъявить притязаніе на вещь противъ каждаго владѣльца ея и вытребовать ее отъ него [c]). 6) Право отказаться отъ вещи, передать ее другому [d]), или же только отказаться отъ нѣкоторыхъ правъ на вещь и предоставить ихъ другимъ. — Если такимъ образомъ собственникъ имѣетъ исключительное право пользоваться и распоряжаться своею вещью, то изъ этого слѣдуетъ, что, говоря абсолютно, никому недозволено противъ воли собственника дѣлать какое-нибудь употребленіе изъ его вещи. Это правило остается въ силѣ, при предположеніи крайней необходимости или если употребленіе, дѣлаемое другимъ изъ чужой собственности, не приносятъ собственнику никакого вреда. Поэтому относительно чужихъ вещей нельзя принять ни права крайней нужды [e]), ни такъ называемаго права на безвредное пользованіе, если подъ этимъ разумѣть не только нравственное притязаніе, но и право въ собственномъ смыслѣ (т. е. принудительное [f]). Но, конечно, здѣсь подъ именемъ пользованія вещью разумѣется не всякое достиженіе извѣстной цѣли посредствомъ вещи, но лишь такое, которое связано съ физическимъ воздѣйствіемъ на вещь. Если же нѣтъ такого воздѣйствія на вещь, то соб-

---

§ 92. a) По мнѣнію Аренса ibid. стр. 474. «каждое злоупотребленіе, каждое безполезное разрушеніе противно праву». Того же мнѣнія и Рёдеръ ibid. стр. 211. и сл. и 255. — Но это смѣшеніе нравственной и юридической точки зрѣнія. Ср. § 93. № 5).

b) Рёдеръ ibid. 224. полагаетъ, что исключительность обладанія «слишкомъ преждевременно и поспѣшно принимается, какъ существенный признакъ собственности.»

c) Гуго ibid. § 269. считаетъ это право лишь тогда «разумнымъ, когда собственникъ пріобрѣлъ свое право публично»; что конечно неприложимо къ менѣе значительнымъ или трудно распознаваемымъ правамъ. — Того же мнѣнія и Рёдеръ ibid. 272.

d) Относительно этого права Рёдеръ ibid. 221. полагаетъ, что оно не содержится въ правѣ собственности, такъ какъ «въ этомъ правѣ заключается не пользованіе самой вещью, а извѣстная законченность юридическаго отношенія къ ней». — Впрочемъ на стр. 262. онъ считаетъ право отчужденія «необходимою составною частью права собственности».

e) Однако пользованіе чужой вещью въ истинномъ случаѣ крайней нужды не заключаетъ въ себѣ ничего противуправнаго и скорѣе не подлежитъ никакому юридическому обсужденію.» Ср. § 38.

f) Поэтому нельзя признать истиннымъ юридическимъ правиломъ извѣстное изреченіе: Quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id potes compelli, хотя нельзя отрицать, что въ видахъ справедливости, точно можно вывести такое положеніе; какъ это и принято въ римскомъ правѣ, (хотя конечно для извѣстнаго случая), L. 2. § 5. D. de aqua et aquae pluv. arc. (XXXIX. 3.) » . . . . opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, et si jure deficiamur». Ср. и Веберъ: Von der natürlichen Verbindl. § 101. № 5. и Гросъ Lehrb. der philos. Rechtswiss. § 168.

ственникъ никому не можетъ помѣшать употреблять его вещь для своихъ цѣлей.

Права, заключающіяся въ собственности, обыкновенно раздѣляются на права собственности и права пользованія; первыя относятся къ существу вещи и къ распоряженію ею, послѣднія къ употребленію вещи; однако это раздѣленіе излишне и можетъ повести къ ложнымъ выводамъ. Ср. Лёръ въ Magaz. für Rechtswiss. III. 483—486.—Шталь ibid II. 1. 385. хочетъ приложить раздѣленіе правъ, заключающихся въ собственности, къ обоимъ упомянутымъ на стр. 363. мотивамъ имущественнаго права, именно къ «удовлетворенію посредствомъ внѣшнихъ предметовъ и къ господству надъ ними для болѣе свободнаго устройства жизни», такъ чтобы первому мотиву соотвѣтствовали бы права пользованія, послѣднему же права собственности. Но для удовлетворенія потребностей часто необходимо потребленіе вещей, что предполагаетъ право распоряженія, или право собственности. — Аренсъ ibid. 443. и сл. различаетъ внутреннее и внѣшнее право собственности и относитъ первое «къ чисто личному юридическому отношенію собственника къ его собственности», послѣднее же «къ внѣшнему отношенію одного лица къ другимъ, (опредѣленнымъ или только возможнымъ лицамъ), касательно вещи или совокупности вещественныхъ благъ». Къ первому, по его мнѣнію, принадлежитъ «право владѣнія, распоряженія, пользованія и потребленія»; къ послѣднему принадлежитъ «право на пріобрѣтеніе и возвращеніе, на признаніе и уваженіе собственности или владѣнія.»— Подобное различеніе внутреннихъ и внѣшнихъ правъ собственности находимъ и у Рёдера ibid. 225.

§ 93.

Ограниченія правъ, содержащихся въ собственности.

Собственность, какъ и всякое другое право, ограничено относительно своего приложенія высшимъ или самымъ общимъ законамъ права (§ 28.) въ томъ смыслѣ, что она не

должна служить къ нарушенію чужаго права [a]). Но кромѣ этого общаго юридическаго ограниченія существуютъ еще многія другія причины, изъ которыхъ вытекаютъ различныя ограниченія правъ, содержащихся въ собственности. 1) Приложеніе того или другаго права собственности относительно нѣкоторыхъ предметовъ невозможно при извѣстныхъ обстоятельствахъ уже по самой природѣ этихъ предметовъ, напр. отыскиваніе такихъ вещей, которыя не распознаваемы индивидуально; таковы хлѣбныя зерна или монеты, смѣшанныя съ другими такими же. Далѣе во 2) ограниченія могутъ пройзойти вслѣдствіе договоровъ, которыя заключаются собственникомъ именно съ этою цѣлью. Если собственникъ имѣя въ виду уступить право на свою вещь другимъ, переноситъ на эти лица отдѣльныя права собственности и даже владѣніе вещами, по скольку оно необходимо для приложенія этихъ правъ, или если онъ отказывается отъ этихъ правъ въ пользу другихъ лицъ, то для этихъ послѣднихъ возникаетъ право на чужую вещь; поэтому собственность въ лицѣ самого собственника дѣлается неполною или ограниченною [b]). Къ тому же результату можно прійдти и другими путями, кромѣ договора, что̀ совершается преимущественно на основаніи положительнаго права (§ 113.). Затѣмъ, въ 3) въ положительномъ правѣ встрѣчаются многія законныя ограниченія собственности (по крайней мѣрѣ относительно поземельной собственности и того, что связано съ ней). Эти ограниченія имѣютъ свое основаніе въ интересахъ сосѣдей и въ вытекающей отсюда

---

§ 93. a) Но отсюда никакъ не слѣдуетъ, что приложеніе права собственности уже и тогда неправомѣрно, если изъ него посредственно вытекаетъ какой-нибудь вредъ для другаго.

b) Эти два выраженія обыкновенно различаются, (ср. Гросъ ibid. § 158. прим. 2.), но въ обыденномъ языкѣ такое различіе не существенно.

справедливости [c]). Кромѣ того въ 4) частная собственность подвержена многимъ ограниченіямъ [d]) въ интересѣ государства, имѣющимъ разнообразныя основанія [e]). Наконецъ въ 5) всякое злоупотребленіе собственности не дозволяется на основаніи нравственныхъ началъ. Но конечно таковыя ограниченія собственности имѣютъ сами по себѣ значеніе обязанностей совѣсти, слѣдовательно не подлежатъ юридическому принужденію, если только онѣ не получили въ извѣстныхъ случаяхъ и внѣшней силы посредствомъ предписаній положительнаго права [f]).

c) Именно въ римскомъ правѣ не мало примѣровъ такихъ ограниченій собственности. Ср. Дирксенъ: Ueber die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums въ Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. II. 405. и сл. и Шиллингъ: Lehrb. für Institut. des Röm. Privatr. II. § 149.

d) Ср. Рёдеръ ibid. § 87.

e) Таковыя ограниченія собственности встрѣчаются въ Римскомъ правѣ, частью на религіозномъ основаніи, напр. L. 2. § 2. L. 7. pr. L. 8. pr. L. 12. pr. и § 1. и L. 43 D. de religios. (XI. 7.) (въ этомъ послѣднемъ мѣстѣ приводится слѣдующее основаніе: «nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnunquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet; nam summam esse rationem, quae pro religione facit»); частью на основаніи благоустройства, напр. pr. J. quib. alienare lic. vel non (II. 8.) и L. un. § 15. C. de rei uxor. act. (V. 13.) ср. съ L. 2. D. de jure dot. (XXIII. 3.). «Reipublicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt».—L. 14. § 1. D. quemadm. servit. amitt. (VIII. 6.).—L. 1. pr. и § 1. D. de tigno junct. (XLVII. 3.) L. 52. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) L. 41. § 1. 8. и 9. D. de legat. I. (XXX.) L. 48. D. de damn. infect. (XXXIX. 2.) L. 2. C. de ledific. priv. (VIII. 10.) — L. 8. C. de omni agro deserto (XI. 38.), частью же по финансовымъ соображеніямъ, напр. L. 3. C. de metallar. (XI. 6).

f) Таковыя предписанія права иногда встрѣчаются, напр. L 38. D. de rei vindic. (VI. 1.). » . . . . Constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas; neque malitiis indulgendum est: si tectorium (puta), quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias . . . » ; тоже въ § 2. J. de his, qui sui vel alieni jur. sunt (1. 8.), гдѣ впрочемъ наказанія, опредѣленныя за злоупотребленіе правомъ собственности на рабовъ, (которое, конечно, само по себѣ противуестественно), имѣютъ не нравственное, а полицейское: основаніе «expedit enim reipublicae, ne quis sua re (по другому чтенію suam rem») male utatur. — Сюда точно также принадлежатъ опредѣленія новѣйшихъ уголовныхъ кодексовъ, направленныя противъ жестокаго обращенія съ животными.

§ 94.

Юридическое отношеніе между собственникомъ вещи и ея владѣльцемъ.

Кто владѣетъ чужою вещью безъ согласія собственника или безъ юридическаго основанія, обязательнаго для собственника, тотъ подлежитъ праву иска (Vindicatio) (§ 92. № 5.); для того, чтобъ требованіе собственника имѣло полную силу, предполагается, что вещь, принадлежащая ему, можетъ быть распознаваема въ своей индивидуальности (§ 93. № 1). Но при этомъ предположеніи искъ собственника имѣетъ мѣсто противъ каждаго владѣльца безразлично, слѣдовательно не только противъ недобросовѣстнаго, т. е. такого, который сознаетъ незаконность своего владѣнія, но и противъ добросовѣстнаго, который пріобрѣлъ вещь, думая, что имѣетъ на то право, и считаетъ свое владѣніе имѣющимъ полную силу (§ 90.). Принадлежащее собственнику исключительное право распоряженія вещью имѣетъ послѣдствіемъ то, что вещь не можетъ перейти къ другому противъ его воли, если онъ только самъ не утратилъ ея посредствомъ противузаконнаго дѣйствія, и что, слѣдовательно, дѣйствіе несобственника, отъ котораго вещь получена добросовѣстнымъ владѣльцемъ, не должна наносить ущерба праву собственника [a]). Послѣдній, требуя свою вещь, не обязанъ вознаграж-

§ 94. a) Ср. Гросъ ibid. § 163. — Впрочемъ Варнкёнигъ ibid.

дать владѣльца ни за его расходы на пріобрѣтеніе вещи, ни за положенный на нее капиталъ, за исключеніемъ необходимыхъ издержекъ [b]): никто не можетъ быть обязанъ (§ 54.) подвергаться убыткамъ вслѣдствіе чужихъ дѣйствій, если только въ этихъ дѣйствіяхъ онъ не участвовалъ ни совѣтомъ, ни поощреніемъ, ни чрезъ повѣренное лицо. Но существуетъ исключеніе изъ этого правила; именно обязанность собственника возвратить владѣльцу необходимыя издержки, т. е. такія, при которыхъ имѣлось въ виду предохранить вещь отъ уничтоженія или порчи [c]). Это исключеніе основывается на томъ, что тѣ же самыя издержки были бы сдѣланы и собственникомъ, еслибъ онъ владѣлъ вещью; слѣдовательно въ возвращеніи ихъ заключается только позднѣйшее покрытіе расхода, который бы онъ и самъ сдѣлалъ прежде, еслибы только вещь была въ его владѣніи. Впрочемъ всякій владѣлецъ можетъ отдѣлить и оставить въ своей собственности то, что̀ потрачено имъ на чужую вещь, которую онъ долженъ выдать собственнику, если только это можно сдѣлать, не нанося ущерба вещи. Что касается до относящихся сюда опредѣленій положительнаго права, то римское право признаетъ, по крайней мѣрѣ обыкновенно [d]), какъ основное правило [e]) ту строгость иска, которая опредѣляется естественнымъ правомъ; что же касается до издержекъ, сдѣланныхъ владѣльцемъ, то

361. говоритъ слѣдующее: «Разсматривать искъ, какъ логическое послѣдствіе исключительности права собственности, значитъ слишкомъ много выводить изъ нея»; поэтому онъ думаетъ, что исковому праву собственника слѣдуетъ дать силу лишь подъ извѣстными ограниченіями, которыя опредѣляются соображеніями справедливости.

b) Другаго мнѣнія держится Кругъ: Dikäologie § 61. прим. 2. стр. 215.

c) Гросъ ibid. § 166. не допускаетъ по естественному праву и этого исключенія.

d) Касательно однаго особеннаго исключенія см. § 14. J. de usucap. (II. 6.) и L. 2. и 3. C. de quadrienn. praescript. (VII. 37.).

оно налагаетъ на собственника обязательство — вознаградить каждаго владѣльца (за исключеніемъ вора) за необходимые расходы; добросовѣстный владѣлецъ, долженъ быть вознагражденъ и за то, что было потрачено имъ на вещь для исправленія ея [f]). Каждому владѣльцу дозволено отдѣленіе и присвоеніе себѣ издержекъ, сдѣланныхъ съ цѣлью украшенія вещи, безъ права на вознагражденіе. Послѣднее правило имѣетъ силу и относительно издержекъ на исправленіе вещи, сдѣланныхъ недобросовѣстнымъ владѣльцемъ [g]). Впрочемъ не во всѣхъ положительныхъ законодательствахъ принятъ искъ собственника въ выше означенномъ объемѣ [h]).

§ 95.

Что касается до вопроса, обязанъ ли владѣлецъ чужой вещи, пріобрѣтенной имъ безъ воли собственника и безъ обязательнаго для послѣдняго юридическаго основанія, вознаградить его за вредъ, причиненный вещи, и отдать плоды ея или

e) § 1. in f. J. de action. (IV. 6.) L. 9 D. de rei vindic. (VI. 1.) L. 25. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) L. 1. C. ubi in rem act. (III. 19.) — L. 3. и 23. C. de rei vindic. (III. 32.) — Гуго ibid. § 269. и Рёдеръ ibid. стр. 204. прим. *) и стр. 273. нападаютъ вслѣдствіе взгляда, упомянутаго въ § 92. прим. c) на новѣйшее Римское право за то, что оно безразлично допускаетъ искъ относительно всѣхъ вещей, пріобрѣтенныхъ не публично, а посредствомъ тайной или простой передачи, между прочимъ и относительно поземельныхъ участковъ.

f) L. 5. C. de rei vindic.—L. 13. D. de condict. furt. (XIII. 1.) и L. 1. C. de infant. expos. (VIII. 52.) — § 30. J. de rer. divis. (II. 1.) L. 38. и L. 48. D. de rei vindic.

g) L. 32. § 5. de administ. tut. (XXVI. 7.) L. 9. D. de impens. in res dot. fact. (XXV. 1.) L. un. § 5. in f. C. de rei uxor. act. (V. 13.)—L. 37. D. de rei vindic. и L. 5. in f. C eod.

h) Относительно нѣкоторыхъ постановленій положительнаго права, отклоняющихся отъ правила, см. напр. Шталь ibid. II. стр. 379. прим. *), Савиньи: Syst. des heut. Röm. Rechts I. стр. 372. прим. c) и Рёдеръ ibid. стр. 273. прим. **).

заплатить за нихъ и за пользованіе вещью, — притомъ въ какой мѣрѣ, то слѣдуетъ сдѣлать существенное различіе между недобросовѣстнымъ и добросовѣстнымъ владѣльцемъ. Недобросовѣстный владѣлецъ, какъ сознательный нарушитель чужаго права, вообще обязанъ вознаградить собственника за всякій нанесенный ему вредъ, который можетъ считаться послѣдствіемъ его незаконнаго поступка (§ 61. и 91.). Поэтому онъ самъ долженъ отвѣтствовать и за случайный вредъ, котораго бы не потерпѣла вещь, если бы осталась у собственника, чего нельзя, впрочемъ, предположить. Что же касается до плодовъ вещи, то онъ долженъ возвратить собственнику, во-первыхъ, тѣ изъ нихъ, которые онъ собралъ и которые еще остались у него; (причемъ впрочемъ должно вычитать расходы, которые собственникъ и самъ бы сдѣлалъ для возращенія, сбора и сохраненія ихъ [a]); во-вторыхъ, тѣ плоды, которые онъ, хотя и не собралъ, однако бы могъ собрать, наконецъ тѣ, которые случайнымъ образомъ пропали, были потреблены, или наконецъ проданы владѣльцемъ. Относительно добросовѣстнаго владѣльца, напротивъ, существуетъ правило, что онъ не несетъ юридически невыгоды за владѣніе чужою вещью вслѣдствіе того, что онъ увѣренъ въ правотѣ своего владѣнія, а такое заблужденіе простительно; однако съ другой стороны онъ не можетъ пріобрѣсти въ силу такого владѣнія ни права, ни постояннаго дохода (§ 91.) [b]), ибо владѣніе пріобрѣтено имъ безъ обязательнаго для собственника юридическаго основанія, слѣдовательно не имѣетъ полной силы (§ 90.). Тѣмъ не менѣе добросовѣстный владѣлецъ не подвергается отвѣтственности ни за какую порчу вещи, даже еслибъ онъ самъ, положительно или отрицательно, былъ виновенъ въ этомъ, ибо онъ считалъ ее своею [c]); онъ также мало обязанъ вознаградить собственника за плоды отъ вещи, не собранные имъ вовсе, утраченные, или отчужденные въ его пользу; но по упомянутому выше началу онъ обязанъ частью выдать еще оставшіеся плоды [d]), частью вознаградить собственника за потребленные или распроданные имъ въ собственную пользу; частью же наконецъ вознаградить собственника за всякій другой доходъ, которой онъ извлекъ изъ пользованія чужою вещью. — Впрочемъ положительныя права въ видахъ справедливости обыкновенно болѣе благопріятствуютъ владѣльцу и оставляютъ ему извѣстныя права или постоянные доходы и съ плодовъ, извлеченныхъ изъ чужой вещи. Ибо по римскому праву добросовѣстный владѣлецъ обязанъ возвратить только находящіеся у него плоды, а не вознаграждать собственника за потребленные или проданные имъ плоды [f]). Еще далѣе идутъ въ этомъ отношеніи нѣкоторыя новыя законодательства [g]).

---

§ 95. a) Это признается и въ римскомъ правѣ, какъ требованіе naturalis ratio. L. 36. § 5. D. de heredit. petit. (V. 3.) «Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit».

b) Почти тоже начало постановлено и въ римскомъ правѣ, однако лишь для bonae fidei possessor наслѣдства, посредствомъ сенатъ-консульта (Juventianum), даннаго при Гадріанѣ. L. 20. § 6. и L. 22. D. de heredit. petit. Ср. и L. 25. § 11. 15. и 16. D. eod.

c) Основаніе для этого, (по крайней мѣрѣ, что касается до небрежности относительно вещи), находимъ у Ульпіана въ L. 31. § 3. D. eod.» .... bonae fidei possessor ... quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subjectus est ...».

d) Другаго мнѣнія держится Гросъ ibid. § 164.

e) И здѣсь Гросъ ibid. держится другаго мнѣнія.

f) § 35. J. de rer. divis. (II. 1.) § 2. J. de offic. jud. (IV. 17). L. 4. § 2. D. fin. regund. (X. 1.) и L. 22. C. de rei vindic. (III. 32.)

g) Напр. прусское право въ Allgem. Gesetzb. für die Preuss. Staaten I. 7. § 189. 190. и 193—195.

§ 96.

Общая собственность.

Право собственности на одну и ту же вещь можетъ принадлежать многимъ лицамъ. Такое юридическое отношеніе называется общей собственностью. Здѣсь возможны различные случаи. Именно отдѣльные соучастники могутъ имѣть равные или неравные участки въ общей вещи. Далѣе это участіе можетъ выражаться или во внѣшнихъ признакахъ, или только въ умственныхъ доляхъ, которыя называются идеальными или интелектуальными [a]). Въ случаяхъ перваго рода право всякаго отдѣльнаго соучастника на общую вещь простирается лишь въ размѣрѣ его части, распознаваемой внѣшнимъ образомъ; въ случаяхъ же послѣдняго рода, напротивъ, право всякаго соучастника, хотя и простирается на всю общую вещь, однако только въ размѣрѣ приходящейся ему части [b]). Но каждому соучастнику принадлежатъ всѣ права собственности на его долю въ общей вещи; онъ можетъ поэтому свободно распоряжаться ею, на сколько только это возможно безъ нарушенія права другихъ сохозяевъ. Напротивъ того распоряженія надъ цѣлымъ общимъ

§ 96. a) Въ Римскомъ правѣ встрѣчаются примѣры обоихъ видовъ общей собственности; впрочемъ первый видъ L. 36. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.) L. 19. pr. D. commun. divid. (X. 3.) L. 83. D. pro soc. (XVII. 2.) и L. 29. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) является рѣже, чѣмъ второй, гдѣ юридическое отношеніе соучастниковъ опредѣляется такъ: «dominium juris intellectu, non divisione corporis optinent,» L. 66. § 2. in f. D. de legat. II. (XXXI.), или «intellectu magis partes habent, quam corpore», L. 5. D. de stipulat. serv. (XLV. 3.), или «unusquisque portionem habet pro indiviso»; L. 4. § 5. D. fin. reg. (X. 1.).

b) Это высказывается въ L. 5. § 15. D commodat. (XIII. 6.) такимъ образомъ: « . . . . nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. . . . »

объектомъ или надъ матеріально опредѣленною частью общей вещи въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ право каждаго отдѣльнаго соучастника простирается на цѣлое, имѣютъ силу лишь при согласіи всѣхъ соучастниковъ; на этомъ основаніи каждое отдѣльное лицо имѣетъ право протестовать противъ мѣръ, принятыхъ всѣми прочими соучастниками относительно общей вещи [c]). И такъ по естественному юридическому воззрѣнію для дѣйствительнаго или физическаго раздѣла общей вещи необходимо согласіе всѣхъ участниковъ: абсолютно нельзя требовать не отъ одного изъ нихъ, чтобъ онъ противъ воли измѣнилъ свое право общей собственности на право отдѣльной собственности. Ибо вслѣдствіе раздѣла существовавшее дотолѣ право общей собственности надъ общею вещью превращается для каждаго отдѣльнаго участника въ право отдѣльной собственности надъ долею, выпавшею ему. Но по Римскому праву въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ соучастники имѣютъ только идеальныя части въ общей вещи [d]), предоставлено каждому соучастнику требовать отъ собственнаго имени раздѣла общей вещи [e]), впрочемъ лишь по истеченіи срока, если таковый установленъ относительно общности имущества; поэтому соглашеніе, направленное къ тому, чтобъ общее отношеніе никогда не прекращалось, объявляется недѣйствительнымъ [f]), такъ какъ такое отношеніе легко подаетъ поводъ къ несогласіямъ [g]).

c) Сюда относится основное положеніе римскаго права: «in re pari potiorem causam esse prohibentis constat.» L. 28. D. commun. divid. (X. 3.).

d) Слѣдовательно это правило не распространяется и на случаи противуположные, гдѣ участки собственниковъ разграничены внѣшними знаками. L. 19. D eod.

e) L. 5. C. eod. (III. 37.).

f) L. 14. § 2. D. eod. и L. 14. D. pro soc. (XVII. 2).

g) L. 26. D. de servitut. praed. urb. (VIII. 2.) и L. 77. § 20. in f.

Относительно понятія Gesamteigenthum въ германскомъ правѣ, отличнаго отъ общей собственности, см. Шталь ibid. II. 1. Стр. 386. и сл. и Аренсъ ibid. стр. 404.

§ 97.

Пріобрѣтеніе собственности: А) Общія условія.

По общей теоріи пріобрѣтенія правъ (§ 52.) и для пріобрѣтенія собственности необходимы три условія: 1) Правоспособность лица. Способность къ пріобрѣтенію собственности есть составная часть первообразнаго права личности (§ 84. и 85.) и принадлежитъ, слѣдовательно, по естественному праву всякому человѣку безъ различія, равно какъ и всякому юридическому лицу (§ 40. и 45.). Но въ положительномъ правѣ относительно этого вопроса встрѣчаются нѣкоторыя ограниченія [a]). 2) Предметъ, на который можно пріобрѣсть право собственности. Предметами права собственности естественно могутъ быть только такія вещи, которыя способны вступить въ связь съ физическою силою человѣка, соотвѣтственно этому праву, т. е. вступить въ отношеніе обладанія и обусловленнаго имъ произвольнаго и исключительнаго распоряженія. Поэтому такія вещи, которыя совершенно изъяты изъ обладанія и господства человѣка, напр. небесныя тѣла, изъяты также совершенно изъ права собственности человѣка; право собственности отдѣльныхъ лицъ простирается въ крайнемъ случаѣ на отдѣльныя части такихъ вещей, которыя могутъ быть подчинены господству человѣка только развѣ отчасти, а не всецѣло; таковы именно вещи, упомянутыя въ § 42., которыя уже по естественному закону вообще назначены для общаго употребленія людей; частной собственности нельзя пріобрѣсти и на такія вещи, которыя по своей природѣ назначены для общественнаго употребленія и необходимы для удовлетворенія потребностей общей гражданской жизни; таковы, напримѣръ, общественныя дороги, общественныя рѣки и т. д. Положительное право, кромѣ того, исключаетъ изъ возможности пріобрѣтенія собственности и нѣкоторыя другія вещи [b]). 3) Правомѣрный способъ пріобрѣтенія собственности [c]). Таковые способы пріобрѣтенія бываютъ или первообразные (originäre), или производные (derivative), смотря потому даютъ ли они пріобрѣтателю собственность надъ вещью непосредственно, т. е. прямо, не отъ другихъ, или же посредственно, т. е. такъ что она переходитъ къ пріобрѣтателю отъ другаго лица, которому до тѣхъ поръ принадлежала [d]).

D. de legat. II. (XXXI). Новѣйшіе юристы выражаютъ это обыкновенно такъ: Communio est mater rixarum.

§ 97. a) Такъ по римскому праву рабы неспособны пріобрѣсти для себя собственность, L. 10. § 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.) и § 3. J. per. quas pers. nob. acquir (II. 9.); въ такомъ же положеніи по древнему праву были и домочадцы, что однако было измѣнено въ новомъ правѣ. § 1. J. eod.

b) Напр. res divini juris. L. 1. pr. D. de divis. rer. (1. 8.) и pr. и § 7—10. J. eod. (II. 1.).

c) Замѣчаніе Шталя ibid. II. 1. стр. 388. «Пріобрѣтеніе собственности вездѣ предполагаетъ волю пріобрѣтателя, желаніе собственности, ибо имущество — дѣло свободы», примѣняется не ко всѣмъ способамъ пріобрѣтенія, напр. къ аллювіи, къ пріобрѣтенію собственности надъ дѣтенышами какого-нибудь звѣря. — Тоже можно сказать и относительно выставленнаго Шталемъ ibid. опредѣленія первообразнаго пріобрѣтенія; это, по его мнѣнію, «самостоятельное основаніе собственности, которое происходитъ вслѣдствіе собственнаго акта или дѣйствія пріобрѣтателя.»

d) Аренсъ loc. cit. стр. 445. иначе раздѣляетъ способы пріобрѣтенія собственности на двѣ группы, смотря потому, «будутъ ли дѣйствія, посредствомъ которыхъ пріобрѣтается собственность, одностороннія или общественныя». Къ первому классу онъ причисляетъ «занятіе и измѣненіе вещи (Specification)», ко второму «пріобрѣтеніе собственности по договору и закону». На этомъ основаніи собственность никогда бы не могла возникнуть вслѣдствіе явленій природы.

Въ послѣднемъ случаѣ пріобрѣтатель всякій разъ вступаетъ въ права своего предшественника, изъ чего слѣдуетъ, что онъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ имѣть болѣе правъ, чѣмъ послѣдній (§ 70. пр. f), и долженъ принять на сѐбя лежащія на вещи повинности, къ которымъ относятся и права другихъ на нее. — Сверхъ того необходимы извѣстные внѣшніе признаки для общаго признанія собственности, пріобрѣтенной на вещь, чтобъ всѣ лица могли исполнять отрицательную юридическую обязанность, — не нарушать права собственника. Къ естественнымъ признакамъ пріобрѣтенія собственности принадлежитъ не только непосредственное обладаніе вещью со стороны ея пріобрѣтателя, но и какое бы то ни было дѣйствіе его или измѣненіе, совершенное надъ вещью, въ чемъ выражается намѣреніе—предъявить право собственности на вещь [e]). Но такъ какъ эти признаки не вполнѣ достаточны, то для восполненія ихъ, (особенно относительно поземельной собственности), государство должно устроить такія учрежденія, которыя бы обезпечивали лицу постоянное признаніе права собственности на вещь и могли бы служить доказательствомъ этого права. Таковы, напр., общественныя свидѣтельства объ актѣ пріобрѣтенія собственности, внесеніе именъ собственниковъ и вещей, составляющихъ собственность, въ офиціяльно скрѣпленныя списки и т. д.

Различныя мнѣнія прежнихъ писателей по естественному праву приводятся у Варнкёнигъ loc. cit. § 154.—157. —Въ частности о теоріяхъ и противъ тѣхъ, по мнѣнію которыхъ всякую собственность должно выводить или изъ закона, или изъ договора, см. Аренсъ ibid. 453. — 463. и Рёдеръ ibid. § 80. и 81.—И по мнѣнью Савиньи: Syst. des heut. Röm. Rechts I. 368. и сл. и 380. и сл. собственность получаетъ истинно ебытіе только въ государствѣ посредствомъ положительнаго права, притомъ такъ, что первоначально государству принадлежитъ «общее господство надъ несвободной природой въ чертѣ границъ его» и что «оно переносится посредствомъ правилъ, установленныхъ въ положительномъ правѣ государства, на отдѣльныхъ субъектовъ права, какъ собственниковъ». Шталь ibid. II. 1. стр. 360., подобно Савиньи, принимаетъ, что происхожденіе поземельной собственности въ народѣ, когда онъ правильно организованъ, «коренится не въ завладѣніи отдѣльныхъ лицъ, а въ распредѣленіяхъ, совершаемыхъ властью». Собственность по своему происхожденію «основывается не на личной власти, а на правительственной, не пріобрѣтается, а получается». Съ этимъ соглашается и Аренсъ ibid. 462. — Впрочемъ (стр. 478—498.) у него же находимъ и философскій взглядъ на развитіе собственности въ человѣческомъ обществѣ.

e) Ср. Кругъ: Dikäologie § 42.

§ 98.

В) Первообразное пріобрѣтеніе собственности: 1) Завладѣніе (occupation) вещами, никому непринадлежащими.

Къ первообразнымъ или непосредственнымъ способамъ пріобрѣтенія собственности принадлежатъ главнымъ образомъ завладѣніе (occupation) вещами, никому непринадлежащими, и производство новыхъ вещей; кромѣ того, подъ условіемъ уже существующей собственности и такъ называемые наносы (Alluvion) (§ 105.) [a]).—Безхозяйными назы-

§ 98. a) Шталь losc cit. II. 1. 389. и сл. различаетъ три способа первообразнаго пріобрѣтенія собственности: 1) абсолютный, т. е. такой, «который впервые превращаетъ безхозяйную вещь въ частную собственность;» далѣе 2) экстинктивный, т. е. такой, «который возникаетъ относительно уже существующей собственности другаго, но не какъ продолженіе, а какъ прекращеніе ея», наконецъ 3) ассессорный, т. е. «пріобрѣтеніе вещи, посредствомъ присоединенія ея къ другой, къ которой мы уже имѣемъ юридическое отношеніе». Къ абсолютному первообразному пріобрѣтенію

ваются такія вещи, которыя не имѣютъ опредѣленнаго господина или собственника, потому ли, что не имѣли его никогда, или что только въ данную минуту не имѣютъ его. Къ безхозяйнымъ вещамъ въ послѣднемъ смыслѣ принадлежатъ покинутыя вещи, т. е. такія, относительно которыхъ прежній собственникъ покинулъ свое право, не перенеся его на другихъ, далѣе такія, которыхъ собственникъ неизвѣстенъ или не находится. Завладѣніе безхозяйными вещами состоитъ въ завладѣніи ими съ цѣлью присвоенія; результатомъ завладѣнія является пріобрѣтеніе вещи въ исключительную собственность; притомъ если одной и той же вещью завладѣваютъ одновременно многіе, то для нихъ возникаетъ общая собственность надъ вещью. Юридическая возможность или допустимость такого способа пріобрѣтенія собственности основывается на томъ, что всеобщее право людей

Шталь причисляетъ завладѣніе и производство касательно движимыхъ вещей и «общинное распредѣленіе — пожалованіе въ ленъ и т. д.» относительно поземельныхъ участковъ. Однако во всякомъ случаѣ нужно признать за общиной уже пріобрѣтенное ею право собственности на землю, которую она хочетъ раздать отдѣльнымъ лицамъ, — для дѣйствительности таковой операціи. — Шталь считаетъ давность экстинктивнымъ первообразнымъ способомъ пріобрѣтенія. Но уже не говоря о томъ, что давность принадлежитъ къ способамъ пріобрѣтенія положительнаго, а не естественнаго права (§ 73.), она по своей природѣ — не первообразный, а производный способъ пріобрѣтенія, что съ очевидностью можетъ быть доказано на основаніи римскаго права. Usucapio причисляется въ немъ къ случаямъ отчужденія со стороны прежняго собственника. Gaj. Jnst. II. § 65. и L. 28. pr. D. de verb. signif. (L. 16.). Далѣе узукапія не исключаетъ права залога на вещь. Даже окончившаяся узукапія можетъ быть уничтожена въ извѣстныхъ случаяхъ прежнимъ собственникомъ. § 5. J. de action. (IV. 6.) — Если наконецъ Шталь причисляетъ къ ассессорному первообразному пріобрѣтенію и пріобрѣтеніе плодовъ, то это, по крайней мѣрѣ не безусловно вѣрно, такъ какъ пріобрѣтеніе плодовъ по различію случаевъ принадлежитъ то къ первообразнымъ, то къ производнымъ способамъ пріобрѣтенія (§ 104.).

на вещи (§ 85.) можетъ прилагаться именно къ безхозяйнымъ вещамъ безъ нарушенія чужаго права на такія вещи. Пріобрѣтеніе собственности, связанное съ завладѣніемъ безхозяйною вещью, есть естественное и юридически необходимое слѣдствіе предупрежденія, лежащаго въ этомъ дѣйствіи (§ 85. прим. e) [b]). Но чтобъ пріобрѣсти постоянное право на вещь, (что соотвѣтствуетъ природѣ собственности),—завладѣвающій долженъ, конечно, быть въ состояніи удержать вещь въ своей власти и дѣйствительно господствовать надъ нею [c]). Безхозяйною вещью, находящеюся въ чужой области,

---

b) Кантъ въ Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. стр. 85. полагаетъ, что возможность пріобрѣтенія вещи посредствомъ овладѣнія ею, т. е. посредствомъ односторонняго акта воли, не можетъ быть доказана, но составляетъ «непосредственное слѣдствіе постулата практическаго разума».— Гербартъ въ Allgem. prakt. Philos. 4. лишь тогда считаетъ завладѣніе (occupation) допустимымъ способомъ пріобрѣтенія собственности, когда оно происходитъ вслѣдствіе предъидущаго соглашенія. — Рёдеръ ibid. стр. 227. требуетъ для этой операціи «общественнаго согласія, въ формѣ санкціи или уполномоченія». Впрочемъ на стр. 232. онъ считаетъ нужнымъ принять «безмолвное дозволеніе завладѣнія», по крайней мѣрѣ относительно тѣхъ предметовъ, «которые сами по себѣ безполезны и незначительны для цѣлаго». Варнкёнигъ ibid. стр. 366. приводитъ слѣдующій примѣръ противъ допустимости завладѣнія, какъ способа пріобрѣтенія собственности: «Пилигримы, томимые жаждою, находятъ ручей въ знойной пустынѣ. Имъ овладѣваетъ тотъ, кто первый увидѣлъ его, и соглашается дать воды другимъ только за вознагражденіе. На чемъ основывается такое право?». Противъ этого можно возразить, что уже по воззрѣнію римскихъ юристовъ «aqua profluens» принадлежитъ къ «communia omnium» (§ 42. прим. b). Но это выраженіе, безъ сомнѣнія не слѣдуетъ ограничивать по примѣру Варнкёнига стр. 349. «рѣчною водою».

c) Ср. Кантъ ibid. стр. 87. — Этимъ устраняются сомнѣнія Шталя ibid. II. 1. 390. прим. *) касательно возможности пріобрѣтенія собственности на землю отдѣльными лицами посредствомъ завладѣнія — Допустимость завладѣнія безхозяйными или покинутыми поземельными участками положительно признается и въ римскомъ правѣ, напр., L. 7. § 3. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.): «Jnsula, quae in mari nascitur, (quod

можно завладѣть только подъ условіемъ, что входъ въ эту область дозволенъ собственникомъ ея; иначе это было бы противуправное вторженіе въ чужую юридическую область. Завладѣвающій, далѣе, долженъ объявить ясно во всеобщее свѣденіе о своемъ намѣреніи присвоить себѣ дотолѣ безхозяйную вещь, ибо иначе нельзя было бы вывести изъ завладѣнія отрицательной обязанности для прочихъ людей воздерживаться впредь отъ пользованія или завладѣнія этою вещью. Поэтому требуются признаки пріобрѣтенія собственности, которые бы можно было увидѣть на самой вещи, или же свидѣтельства положительнаго права и доказательства касательно пріобрѣтенія собственности. (§ 97.) [d]).

§ 99.

Такъ какъ и животныя, пользующіяся естественною свободою, суть безхозяйныя вещи, то къ возможнымъ случаямъ завладѣнія принадлежитъ охота, также птицеловство и рыбная ловля [a]). Поэтому по естественному праву, каждый имѣетъ право охотиться, ловить птицъ и рыбъ на своей зем-

---

raro accidit), occupantis fit, nullius enim esse creditur . . . .» L. 1. § 1. D. de acquir. possess. (XLI. 2.) L. 1. § 6. и 7. D. de flumin. (XLIII. 12.) L. 8. C. de omni agro desert. (XI. 58.). — Изъ того, что «право завладѣнія не безграничное», Варнкёнигъ выводитъ, что «оно не есть первообразный естественный или абсолютный способъ пріобрѣтенія собственности»; онъ опирается еще на то, что оно не имѣетъ силы въ новѣйшихъ законодательствахъ (именно во французскомъ гражданскомъ кодексѣ).

d) Гросъ ibid. § 145. слишкомъ обще говоритъ объ завладѣніи, именно, что оно имѣетъ силу лишь на время «физическаго отношенія къ вещи». Это положеніе подлежитъ ограниченіямъ. Онъ и самъ видоизмѣняетъ его частью содержаніемъ § 147., частью примѣчаніемъ къ § 149.

§ 99. a) Эти случаи опровергаютъ мнѣніе Аренса ibid. 449. (съ которымъ соглашается и Рёдеръ ibid. 231.), что «завладѣніе, какъ способъ пріобрѣтенія, въ наше время почти совсѣмъ не существуетъ».

лѣ или на чужой, съ согласія собственника, и присвоивать себѣ животныхъ, которыми онъ такимъ образомъ завладѣлъ. Это основное положеніе признается и въ римскомъ правѣ [b]); напротивъ новѣйшія права болѣе или менѣе отклонились отъ него [c]).—Далѣе завладѣніе можетъ имѣть мѣсто и при нахожденіи клада. Подъ кладомъ въ юридическомъ смыслѣ разумѣются монеты или другія драгоцѣнности, долго лежавшія скрытыми и которыхъ собственникъ неизвѣстенъ или не можетъ быть найденъ. По естественному взгляду на право весь кладъ принадлежитъ нашедшему его, не только тогда, когда онъ случайно нашелъ его на своей землѣ, но даже и тогда, когда онъ нашелъ его на чужой землѣ, если только ему было дозволено вступить на эту землю. Но римское право въ послѣднемъ случаѣ признаетъ за находчикомъ лишь половину клада, другую же половину оно отдаетъ поземельному собственнику [d]).

§ 100.

2) Производство новыхъ вещей.

Если кто-нибудь производитъ собственными силами нѣчто прежде не существовавшее, притомъ такимъ образомъ, что это новое переходитъ во внѣшній міръ, какъ реальное явленіе и принимаетъ природу вещи, (письменное начертаніе мыслей или чувствъ), то лицо пріобрѣтаетъ посредствомъ производства первообразную собственность на произведе-

---

b) § 12. J. de rer. divis. (II. 1.) и L. 3. § 1. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.).

c) Касательно воззрѣнія, на право охоты, какъ на одну изъ регалій, господствующаго въ Германіи съ XVI столѣтія, см. Эйхгорнъ: Deutsche Staats- und Rechtsgesch. IV. § 548. стр. 400. и сл. (4-е изданіе) и Штиглицъ: Geschichtl. Darstell. der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland (Leipz. 1832.) § 37.—41.

d) § 39. J. de rer. divis. и L. un. C. de thesaur. (X. 15.).

ніе, ибо оно непосредственно вытекло изъ его личности (§ 84.). Если я уполномоченъ къ пользованію чужою вещью и произвожу изъ нея плоды посредствомъ труда и воздѣлыванія ея, то я точно также пріобрѣтаю, по естественному праву, собственность на плоды чужой вещи въ моментъ ихъ происхожденія, въ силу законнаго производства; напротивъ того, если сама вещь что-нибудь производитъ собственными силами, то первообразное право собственности на продуктъ этой вещи принадлежитъ собственнику, какъ составная часть ея (§ 104.).

§ 101.

Спецификація, т. е. преобразованіе или передѣлка вещи, вслѣдствіе котораго она измѣняетъ въ главномъ свое существо и принимаетъ новый видъ, имѣетъ нѣкоторое сходство съ производствомъ новыхъ вещей. Конечно эта операція отличается отъ производства новыхъ вещей въ томъ отношеніи, что предполагаетъ уже готовую вещь или матеріалъ, которые бы были способны къ преобразованію, но тождественна съ нимъ въ томъ отношеніи, что вещь въ ея настоящемъ видѣ, произведенномъ спецификаціей, представляется новою. Если кто-нибудь видоизмѣняетъ свою собственную вещь, то онъ прилагаетъ къ ней свое право собственности (§ 92. № 3.), вслѣдствіе чего измѣняется объектъ, но не субъектъ собственности. То же прилагается въ полной силѣ когда кто-нибудь видоизмѣняетъ вещь, дотолѣ безхозяйную, ибо это обусловливается предшествующимъ актомъ завладѣнія, вслѣдствіе котораго была пріобрѣтена собственность на вещь (§ 98.). Напротивъ того никогда нельзя пріобрѣсти, по началамъ естественнаго права, собственность на чужую вещь посредствомъ спецификаціи ея. Ибо если видоизмѣненіе чужой вещи совершается по волѣ собственника и притомъ

по порученію его, слѣдовательно безъ намѣренія подарить ее, то уже изъ смысла и цѣли этого соглашенія явствуетъ, что новая форма ея принадлежитъ собственнику. Если же видоизмѣненіе чужой вещи совершается безъ воли собственника, то она сама по себѣ безправное дѣйствіе, изъ котораго, по естественному праву, не можетъ возникнуть никакого права для спецификанта (§ 52. № 3.); собственность надъ преобразованной вещью должна скорѣе принадлежать прежнему собственнику вещи, такъ какъ его право на нее, пока она существуетъ, не можетъ быть отнято вслѣдствіе безправнаго дѣйствія другаго [a]); кромѣ того, если спецификація вещи нанесла собственнику ущербъ, то онъ можетъ предъявить требованіе, чтобы спецификантъ удовлетворилъ его, если послѣдній зналъ, или при надлежащемъ вниманіи и осторожности могъ знать, что видоизмѣняемая имъ вещь чужая. Послѣдовательность требуетъ приложить тоже самое и къ тому случаю, когда кто-нибудь произвелъ новую вещь для себя изъ соб-

---

§ 101. a) Изъ римскихъ юристовъ, между которыми шелъ споръ по вопросу о пріобрѣтеніи собственности надъ новой species, происшедшей вслѣдствіе преобразованія чужой вещи, — это принимали сабиніанцы, хотя и на другомъ основаніи: L. 7. § 7. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.). «. . . Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut, qui materiae dominus fuerit, idem ejus quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit . . . . », изъ новыхъ этому мнѣнію приверженъ, напр. Гросъ ibid. § 148. Но нельзя не сознаться, что требованіе справедливости приводитъ къ совершенно другому результату, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ цѣна вещи преимущественно заключается въ формѣ. Шталь ibid. II. 1. 391 думаетъ, что въ случаяхъ этого рода обработка можетъ справедливо «считаться производствомъ новой вещи», относительно которой мастеру принадлежитъ право собственности.—Аренсъ ibid. 452 и сл. также полагаетъ, что художественная работа, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ она имѣетъ болѣе цѣны, чѣмъ матеріалъ, должна считаться главною вещью, и что мастеръ, по вознагражденіи собственника вещи долженъ, получить на нее право собственности.

ственнаго и изъ чужаго матеріала, безъ согласія собственника [b]), и нѣтъ возможности разложить вещь на ея составныя части. Но если это возможно безъ поврежденія той части матеріаловъ, которыя принадлежатъ другому, то спецификанту слѣдуетъ дозволить разложить вновь сдѣланную вещь на ея составныя части и удержать свою долю матеріаловъ; въ такомъ случаѣ другой сторонѣ остается развѣ только требованіе на вознагражденіе. Но по римскому праву, именно по правилу, избранному Юстиніаномъ, какъ среднее между противорѣчащими мнѣніями древнѣйшихъ юристовъ, спецификантъ пріобрѣтаетъ каждый разъ собственность на вновь сдѣланную вещь въ случаяхъ послѣдняго рода, т. е. когда онъ употребляетъ свои и чужіе матеріалы на производство, не спрося хозяина. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда спецификантъ дѣлаетъ для себя новую вещь изъ однихъ чужихъ матеріаловъ, имъ пріобрѣтается собственность на новую вещь только тогда, когда она не можетъ быть разложена на первоначальныя составныя части [c]). Однако прежнему собственнику предостав-

---

b) Гросъ ibid § 148. прим. 2-е полагаетъ, что въ такомъ случаѣ продуктъ — общій.

c) § 25. J. de rer. divis. (II. 1.) «Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis eorum naturali ratione dominus sit, utrum is, qui fecerit, an ille potius, qui materiae dominus fuerit? ut ecce, si quis ex alienis uvis aut olivis aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro vel argento vel aere vas aliquod fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit . . . . Et post multas Sabinianorum et Proculianorum ambiguitates placuit media sententia existimantium, si ea species ad materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit. Ut ecce, vas conflatum potest ad rudem massam aeris vel argenti vel auri reduci; vinum autem vel oleum aut frumentum ad uvas et olivas et spicas reverti non potest, ac ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quodsi partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo

ляется требовать отъ спецификанта вознагражденіе за потерю собственности [d]).

§ 102.

C) Производные способы пріобрѣтенія собственности. 1) Передача въ тѣсномъ смыслѣ.

Производное пріобрѣтеніе собственности совершается надъ вещью, находящеюся уже въ собственности другаго (§ 97. № 3.). Но такъ какъ вообще право лица не можетъ перейти безъ его воли къ другому (§ 70.), такъ какъ, далѣе, столь же мало можно навязать другому право противъ его воли, то для производнаго пріобрѣтенія собственности необходимы, какъ воля прежняго собственника, — передать свое право другому, такъ и согласіе другаго, которому передается это право. Эта двоякая воля, чтобы имѣть желаемое послѣдствіе должна быть выражена въ такомъ дѣйствіи, которое бы дало возможность пріобрѣтателю собственности, — господствовать

---

vino et alieno melle mulsum miscuerit . . . ., dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit; quum non solum operam suam dedit, sed et partem ejus materiee praestavit». Ср. также L. 7. § 7. D. de acquir. rer. dom.— Шталь ibid. прим. *) полагаетъ, что римскій критеріумъ относительно вопроса, можно ли возвратить вещи ея прежнюю форму, слишкомъ внѣшній, а поэтому недостаточный для всѣхъ случаевъ. «Къ нему слѣдовало бы еще присоединить соображеніе, заключается ли цѣна главнымъ образомъ въ формѣ». И Аренсъ ibid. 453. думаетъ, что вопросъ о возвращеніи вещи въ ея первоначальное состояніе «разрѣшается цѣлесообразностью этой операціи, которая опредѣляется цѣною продукта (на что указываетъ и Гуго ibid. § 284.), а не возможностью ея».

d) По общему основному положенію права въ L. 14. D. de condict. indeb. (XII. 6.) и L. 206. D. de regul. jur. (L. 17.) и arg. L. 23. § 4. D. de rei vindic. (VI. 1.). — Относительно жалобъ, подаваемыхъ на спецификанта, въ томъ случаѣ, когда онъ зналъ, что вещь чужая, см. L. 9. § 3. D. ad exhib. (X. 4.) — Gaj. Jnst. II. § 79. in f. и L. 52. § 14. D. de furt. (XLVII. 2.).

надъ даннымъ предметомъ. Такое дѣйствіе есть передача вещи въ тѣсномъ смыслѣ слова, относящемся сюда, т. е. перенесеніе владѣнія вещью, которое совершается съ цѣлью передать вещь и сдѣлать собственникомъ то лицо, которое получило ее [a]). Передача обыкновенно наступаетъ въ силу предварительно заключеннаго договора, является исполненіемъ его [b]); впрочемъ она можетъ совершаться и самостоятельно, т. е. независимо отъ предшествующаго договора, и тогда она сама имѣетъ природу договора, именно такого договора, который заключается въ наличномъ исполненіи (§ 71. въ концѣ) [c]). Если передача воспослѣдуетъ, при упомянутыхъ предположеніяхъ, въ пользу многихъ, то они пріобрѣтаютъ общую собственность на пріобрѣтенную вещь.—Но если перенесеніе владѣнія вещью совершается не съ намѣреніемъ передать ее и сдѣлать получателя собственникомъ, слѣдовательно если совершается только передача въ обширномъ смыслѣ слова, (напр. передается другому вещь на сохраненіе или въ пользованіе), то оно не можетъ доставить получателю права

§ 102. a) Передача признается и въ римскомъ правѣ, какъ пріобрѣтеніе собственности, основанное на естественномъ правѣ. § 40. J. de rer. divis. (II. 1.). «Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur. Nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. . . . .»

b) Нѣкоторые, однако, думаютъ, (Гуго ibid. § 285. и Варнкёнигъ ibid. 358. прим. *)), что лишь положительное право можетъ разрѣшить вопросъ, переходитъ ли собственность отъ одного къ другому вслѣдствіе простаго договора, или же только вслѣдствіе передачи. — Касательно случаевъ, въ которыхъ, какъ исключеніе, можно пріобрѣтать и передавать посредствомъ простаго договора безъ послѣдующей передачи вещи, см. § 136. въ концѣ.

c) Это имѣетъ силу и въ томъ случаѣ, когда поземельная собственность распредѣляется (ассигнируется) отдѣльнымъ членамъ государства со стороны верховной власти. Шталь невѣрно причисляетъ это къ первообразному пріобрѣтенію собственности (§ 98. прим. a).

собственности на вещь, а даетъ только владѣніе ею и влечетъ за собою только то юридическое отношеніе, которое соотвѣтствуетъ юридической сдѣлкѣ и намѣренію лица (§ 91.). — Далѣе если передающій имѣетъ лишь неполную или ограниченную собственность на вещь (§ 93. № 2.), то она можетъ перейти лишь съ такими же ограниченіями къ получателю ея, такъ какъ послѣдній вступаетъ въ право предшественника (§ 97. № 3.) и никто не можетъ передать другому болѣе правъ, чѣмъ самъ имѣетъ (§ 70. прим. f). Но передающій можетъ установить при передачѣ извѣстныя ограниченія, при которыхъ вещь переходитъ къ другому, даже если его собственность была полная и неограниченная; онъ напр. предоставляетъ себѣ какое-нибудь право на вещь, или передаетъ собственность только на извѣстное время или до наступленія извѣстнаго событія. Въ случаяхъ послѣдняго рода получатель вещи пріобрѣтаетъ лишь отмѣняемое право собственности на нее. Если, напротивъ, передающій не имѣетъ никакого права собственности на вещь, то и получатель не можетъ пріобрѣсти никакого права собственности на нее, а только дѣлается въ крайнемъ случаѣ добросовѣстнымъ владѣльцемъ, если онъ искренно вѣрилъ въ законность вещнаго отношенія (§ 90.). Однакоже иногда и не собственникъ можетъ на особенныхъ основаніяхъ передать чужую вещь, напр. какъ уполномоченный или представитель собственника, или какъ залогопринниматель (§ 112.).

§ 103.

2) Различные другіе случаи.

Кромѣ передачи въ тѣсномъ смыслѣ производное пріобрѣтеніе собственности совершается и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, притомъ какъ по волѣ прежняго собствен-

ника, такъ и безъ воли его; послѣднее бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) при физическомъ раздѣлѣ бывшей прежде общей вещи, при которомъ общая собственность уничтожается; здѣсь каждый изъ прежнихъ сохозяевъ пріобрѣтаетъ исключительное право собственности на ту матеріяльную часть бывшаго цѣлаго, которая приходится на его долю. 2) При завладѣніи плодами или произведеніями чужой вещи, явившимися независимо отъ человѣческаго воздѣйствія, если ими завладѣваетъ человѣкъ, имѣющій право на это (§ 104.). 3) Въ случаѣ когда собственникъ обязанъ исполнить извѣстное дѣйствіе или дать вознагражденіе извѣстному лицу (§ 65. и 66.), при чемъ правительство у него отбираетъ вещь и предоставляетъ ее другому для удовлетворенія его юридическаго притязанія. 4) При конфискаціи т. е. когда вещь отбирается у ея собственника въ наказаніе за преступленіе или проступокъ и переходитъ въ собственность государства. 5) Въ извѣстныхъ случаяхъ спецификаціи (§ 101.), опредѣляемыхъ естественнымъ правомъ иначе, чѣмъ положительнымъ, и при соединеніи многихъ вещей, принадлежащихъ различнымъ собственникамъ, въ одно цѣлое (§ 106. и 107.). 6) Наконецъ по чисто положительнымъ опредѣленіямъ при погашеніи собственности на основаніи давности (§ 73.) [a]), при порядкѣ наслѣдованія и при всѣхъ другихъ видахъ вступленія въ право собственности умершаго на основаніи распоряженій послѣдней воли и договоровъ (§ 75.); при присужденіи собственности со стороны судьи въ тяжбѣ по раздѣлу [b]), наконецъ при нѣкоторыхъ случаяхъ, въ которыхъ по законному назначенію что-нибудь непосредственно отходитъ къ другому въ собственность [c]).

§ 103. a) Касательно основаній, по которымъ давность должна причисляться не къ первообразнымъ способамъ пріобрѣтенія, какъ думаетъ Шталь, а къ производнымъ, см. § 98. прим. a).

b) Ulp. Fr. XIX. § 16. и § 4—7. J. de offic. jud. (IV. 17.).

c) Сюда принадлежатъ по римскому праву не только нѣкоторые случаи, встрѣчающіеся при порядкѣ наслѣдованія и при завѣщаніяхъ, § 1. и 2. J. de hered. qualit. et differ. (II. 19.) L. 80. D. de legat. II. (XXXI.) и L. 64. in f. D. de furt. (XLVII. 2.), но и разные другіе, напр. L. 3. pr. и L. 5. C. de secund. nupt. (V. 9.) и Nov. 22. c. 23—25.

§ 104.

D) Пріобрѣтеніе собственности на плоды и произведенія вещи.

Пріобрѣтеніе собственности на плоды и произведенія вещи принадлежитъ то къ первообразнымъ, то къ производнымъ способамъ пріобрѣтенія собственности. Первообразная собственность на нихъ принадлежитъ съ момента ихъ происхожденія собственнику производящей вещи, такъ какъ ихъ должно считать составными частями вещи (§ 100.). Поэтому абсолютно онъ одинъ уполномоченъ отдѣлять плоды отъ вещи и употреблять ихъ въ свою пользу, или иначе произвольно распоряжаться ими (§ 92. № 2.). [a]). Если онъ противъ воли и безъ обязательнаго юридическаго основанія утратилъ владѣніе надъ производящею вещью, то при востребованіи ея онъ можетъ предъявить притязанія и на плоды, полученные владѣльцемъ во время владѣнія, по упомянутымъ въ § 95. опредѣленіемъ. Но если собственникъ

§ 104. a) Шталь повидимому совершенно исключаетъ собственника главной вещи изъ этого права, судя по его замѣчанію (ibid. II. 1. 392. прим. *), что при произрастаніи плодовъ «сама природа имѣла въ виду отдѣленіе придаточной вещи (плода) отъ главной, и что поэтому именно въ этомъ случаѣ придаточная вещь должна быть пріобрѣтена не собственникомъ главной, а другимъ лицомъ (possessor, пользующимся), хотя и въ силу своего отношенія къ послѣдней.

уступитъ другому посредствомъ договора право — присвоить себѣ плоды и произведенія вещи, напр. пользующемуся или арендатору, то при вопросѣ: когда и какъ пріобрѣтается пользующимся (Nutzungsberechtigter) право собственности на плоды? слѣдуетъ различать два рода плодовъ, а именно: плоды происходящіе независимо отъ человѣческаго воздѣйствія, вслѣдствіе силъ природы, и плоды, которые требуютъ отъ человѣка труда и ухода (такъ называемыя «Industrialfrüchte»). Пользующійся вещью пріобрѣтаетъ собственность на плоды перваго рода вслѣдствіе овладѣнія ими по отдѣленіи ихъ отъ главнаго предмета; въ этомъ случаѣ является производное пріобрѣтеніе собственности. Что же касается, напротивъ, до плодовъ послѣдняго рода, то пользующійся вещью пріобрѣтаетъ на нихъ, по естественному юридическому взгляду, право собственности уже вслѣдствіе производства, слѣдовательно съ момента ихъ происхожденія; поэтому первообразное право собственности на плоды является здѣсь не въ лицѣ собственника главной вещи, но скорѣе въ лицѣ пользователя (§ 100.). Но по римскому праву пользователь пріобрѣтаетъ право собственности даже надъ плодами послѣдняго рода лишь вслѣдствіе собиранія ихъ [b]), такъ что опять является производное пріобрѣтеніе собственности. — Кромѣ того способы пріобрѣтенія производной собственности, относящіеся къ плодамъ, увеличены въ положительномъ правѣ двоякимъ образомъ: частью

b) § 36. J. de rer. divis. (II. 1.) L. 12 § 5. D. de usufr. (VII. 1.) L. 13. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) L. 8. in f. D. de ann. leg. (XXXIII. 1.) L. 61. § 8. D. de furt. (XLVII. 2.) Модификаціи этого правила встрѣчаются частью въ § 37. J. de rer. divis. и L. 28. pr. D. de usur. (XXII. 1.), частью въ L. 25. § 1. in f. D. eod. — Относительно пріобрѣтенія собственности надъ промышленными плодами чужой вещи къ естественному праву ближе подходитъ древнее саксонское право. Ср. Sachsenspiegel II. отд. 58. и III. отд. 76.

потому, что право присвоивать себѣ плоды и произведенія чужой вещи, можетъ быть пріобрѣтено и не вслѣдствіе договора съ собственникомъ, напр. въ силу послѣдней воли умершаго [c]) и давности [d]), частью же вслѣдствіе права, предоставленнаго добросовѣстному владѣльцу чужой вещи относительно плодовъ ея (§ 95.).

§ 105.

E) Увеличеніе собственности и соединеніе многихъ вещей, принадлежащихъ различнымъ собственникамъ.

Разъ пріобрѣтенная собственность надъ вещью можетъ наростать, когда что-нибудь присоединяется къ ней извнѣ и составляетъ вмѣстѣ съ нею единое цѣлое. Но юридическое увеличеніе собственности проявляется далеко не во всѣхъ случаяхъ такого соединенія; здѣсь всего важнѣе то обстоятельство, была ли присоединившаяся вещь до тѣхъ поръ безхозяйною, или нѣтъ. Если вещь, прежде безхозяйная или относительно которой по крайней мѣрѣ никто не можетъ положительно доказать права собственности, вступаетъ вслѣдствіе дѣйствія природы въ связь съ другой вещью, состоящею въ собственности, такъ что она составляетъ составную часть ея, (что напр. бываетъ при аллювіи, когда частицы земли постепенно прибиваются водою къ извѣстному поземельному участку), то эта придаточная вещь переходитъ въ собственность того, кому принадлежитъ главная вещь [a]). Это объяс-

c) § 1. J. de usufr. (II. 4.) L. 6. pr. D. eod. (VII. 1.).

d) L. 12. in f. C. de praescript. longi temp. (VII. 33.).

§ 105. a) Это юридическое положеніе выражается обыкновенно такъ: Res accessoria sequitur rem principalem, или: Accessorium sequitur suum principale, вмѣсто болѣе краткаго выраженія римскаго права: Accessio cedit principali. L. 19. § 13. D. de aur. argent. leg. (XXXIV. 2). Впрочемъ Гросъ утверждаетъ ibid. § 153., что собственность

няется тѣмъ, что она составляетъ съ главною вещью единое цѣлое, причемъ не нарушается чужое право [b]). Точно также, если ктонибудь собственною дѣятельностью присоединяетъ къ своей вещи другую, до тѣхъ поръ безхозяинную, то послѣдняя становится принадлежностью первой; впрочемъ пріобрѣтеніе собственности надъ безхозяйною дотолѣ вещью совершается уже вслѣдствіе завладѣнія и присоединеніе ея къ другой вещи должно считаться лишь внѣшнимъ признакомъ совершившагося завладѣнія (§ 98. въ концѣ).

§ 106.

Если же вещь, перешедшая въ чью-либо собственность, уже сама была въ собственности извѣстнаго другаго лица, то слѣдуетъ различать въ отношеніи юридическихъ послѣдствій такого присоединенія, совершилось ли оно независимо отъ человѣческаго воздѣйствія, или же вслѣдствіе человѣческой дѣятельности; въ послѣднемъ случаѣ слѣдуетъ опять дѣлать различіе между присоединеніемъ по волѣ обоихъ собственниковъ соединенныхъ вещей и одностороннимъ актомъ присоединенія. — Если вслѣдствія дѣйствія природы вещь одного соединяется съ вещью другаго, (такъ напр. случается, что рѣка въ своемъ теченіи или другая сила природы отрываетъ кусокъ земли и прибиваетъ его къ чужому берегу), то послѣ такого соединенія она остается за своимъ прежнимъ собственникомъ: никому не дозволяется, по правилу, пріобрѣтать собственность на вещь противъ воли собственника (§ 70.). Поэтому собственникъ присоединившейся вещи также точно уполномоченъ, какъ и другой интерессентъ, отдѣлить свою вещь отъ чужой собственности, если это только возможно безъ поврежденія ея; но если таковое отдѣленіе двухъ вещей невозможно безъ поврежденія ихъ, то по естественному праву каждой заинтересованной сторонѣ предоставляется и впредь прилагать въ свою пользу право собственности относительно того, что ей принадлежало до этого соединенія, слѣдовательно пользоваться имъ независимо отъ другой [a]). Но если бъ и это было невозможно, напр. относительно жидкостей, принадлежащихъ разнымъ собственникамъ и случайно смѣшавшихся, то каждая заинтересованная сторона можетъ предъявить свои требованія на такую долю цѣлаго, какую кто утратилъ вслѣдствіе смѣшенія [b]).

не пріобрѣтается на вещь, даже на безхозяйную, вслѣдствіе одного факта аксессіи, какъ таковаго.

b) Это основаніе не подходитъ конечно къ другимъ случаямъ, принятымъ въ римскомъ правѣ, относительно пріобрѣтенія собственности ближайшими поземельными собственниками, обусловленнаго также рѣкою, именно къ случаямъ, когда на общественной рѣкѣ возникаетъ островъ, § 22. J. de rer. divis. (II. 1.) и L. 7. § 3. L. 29. и L. 56. pr. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.), и когда рѣка покидаетъ свое русло, § 23. J. eod. L. 7. § 5 и L. 30. § 1. D. eod. — Однако эти случаи не могутъ быть причислены къ способамъ пріобрѣтенія собственности по естественному праву.

§ 107.

Если соединеніе вещей двухъ собственниковъ произошло по взаимному соглашенію, то происшедшее такимъ образомъ цѣлое дѣлается общею собственностью обѣихъ сторонъ въ той мѣрѣ, въ какой каждая изъ нихъ участвовала въ этой операціи, развѣ только одинъ изъ собственниковъ обязался соединить свою вещь съ вещью другаго съ тѣмъ, чтобъ она

§ 106. a) Впрочемъ по римскому праву прибитый водой кусокъ земли переходитъ въ собственность того, къ землѣ котораго онъ присталъ, только тогда, когда онъ крѣпко приросъ къ ней. § 21. J. de rer. divis. (II. 1.) и L. 7. § 2. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1).

b) Это принято и въ римскомъ правѣ: § 27. in f. J. de rer. divis. и L. 7. § 9. D. de acquir. rer. dom.

перешла въ собственность его; въ такомъ случаѣ послѣднему принадлежитъ исключительная собственность на цѣлое, происшедшее изъ таковаго соединенія. — Но если кто нибудь соединяетъ въ одно цѣлое чужую вещь безъ согласія ея хозяина съ своею, то онъ предпринимаетъ дѣйствіе, на которое не имѣетъ права; такое дѣйствіе не можетъ повести, по естественному праву, ни къ пріобрѣтенію имъ права, ни къ потерѣ права или другому ущербу для собственника, на сколько можно отклонить его (§ 52. прим. а). Если въ такомъ случаѣ отдѣленіе двухъ вещей еще возможно безъ поврежденія ихъ, то каждой сторонѣ предоставляется предъявить свои требованія въ силу своего права собственности. Если же оно уже невозможно, то по тому же естественному началу права, слѣдуетъ приписать исключительную собственность на цѣлое, происшедшее изъ соединенія, на все время этого соединенія тому собственнику, котораго вещь присоединена къ чужой вещи безъ его согласія, при чемъ не берется въ соображеніе, какая вещь должна считаться главною, какая придаточною [a]). Если замѣнимыя однородныя вещи, принадлежащія различнымъ собственникамъ, напр. монеты одинаковой цѣнности, произвольно соединены другъ съ другомъ, такъ что принадлежавшее обоимъ интерессентамъ не можетъ быть отдѣлено, то въ такомъ случаѣ, по природѣ и назначенію такихъ вещей (§ 42.), слѣдуетъ принять, что каждый интерессентъ можетъ предъявить свои требованія относительно цѣлаго на столько, на сколько онъ утратилъ

§ 107. а) Этотъ результатъ, соотвѣтствующій послѣдовательности права, можетъ, конечно, сталкиваться въ отдѣльныхъ случаяхъ съ требованіями справедливости и цѣлесообразности; съ первыми, именно, тогда, когда тотъ, который соединилъ чужую вещь съ своею, поступалъ добросовѣстно, со вторыми преимущественно тогда, когда чужая вещь, которую кто-нибудь соединилъ съ собственною, имѣетъ гораздо менѣе цѣны, чѣмъ послѣдняя.

цѣнностей при соединеніи.— По римскому праву собственность въ случаѣ послѣдняго рода пріобрѣтается тѣмъ, кто получилъ въ уплату чужія деньги безъ вѣдома и согласія другаго и соединилъ ихъ съ своими [b]). Вообще въ римскомъ правѣ имѣетъ силу положеніе, что придаточная вещь слѣдуетъ за главною, т. е. что она переходитъ въ собственность того, кому принадлежитъ послѣдняя; это положеніе основывается на цѣлесообразности и справедливости, но принимаетъ гораздо большіе размѣры, чѣмъ въ естественномъ правѣ. Вопросъ, возникающій въ подобныхъ случаяхъ, долженъ ли быть вознаграждаемъ собственникъ придаточной вещи собственникомъ главной, и притомъ въ какой мѣрѣ, за теряемую имъ собственность, которую пріобрѣтаетъ послѣдній, рѣшается различно, по различію способовъ соединенія вещей и привходящихъ сюда обстоятельствъ [c]).

§ 108.

Прекращеніе права собственности.

Подобно другимъ правамъ, и право собственности можетъ прекратиться либо противъ воли собственника, либо по волѣ его (§ 68.). Первое происходитъ во 1) вслѣдствіе смерти собственника, что однако не имѣетъ значенія въ положительномъ правѣ, въ силу принятаго въ немъ начала наслѣдованія (§ 75.). 2) Вслѣдствіе физическаго уничтоженія находящихся въ собственности вещей, при которомъ впрочемъ можетъ произойти добровольная потеря собственности, что бываетъ именно когда собственникъ самъ по своей волѣ уничтожаетъ или потребляетъ вещь. 3) Съ наступленіемъ срока или событія, въ зависимости отъ котораго поставляется прекра-

b) L. 78. D de solut. (XLVI. 3.).
c) Ср. Шиллингъ: Lehrb. f. Institut. d. Röm. Privatr. II. § 158.

щеніе собственности, пріобрѣтенной подъ условіемъ возвращенія. 4) Во всѣхъ случаяхъ, разсмотрѣнныхъ уже при пріобрѣтеніи собственности (въ особенности § 101. 103. и 107.), когда кто-нибудь пріобрѣтаетъ собственность на вещь другаго безъ воли прежняго собственника. — Добровольная потеря собственности происходитъ сверхъ случая, упомянутаго въ № 2, вслѣдствіе отчужденія вещи, совершеннаго собственникомъ или его представителемъ, будетъ ли это оставленіе (Dereliction), или передача (§ 70.). Въ физическомъ раздѣлѣ бывшей дотолѣ общей вещи, уничтожающемъ общую собственность, заключается отчужденіе въ томъ смыслѣ, что всякій изъ прежнихъ сохозяевъ замѣняетъ общее право собственности на весь предметъ исключительнымъ правомъ собственности на извѣстную долю цѣлаго (§ 96.).— Впрочемъ, что касается до отношенія потери владѣнія къ потери собственности, то во многихъ случаяхъ потеря обоихъ правъ можетъ совпадать, напр. когда вещь уничтожается, далѣе когда вещь покидается или передается другому, съ цѣлью отчужденія ея. Но такъ какъ владѣніе и собственность существенно различны (§ 90.), то собственность абсолютно и вообще не утрачивается съ потерей владѣнія: такъ владѣніе вещью переносится добровольно на другаго, но при этомъ не имѣется въ виду отчуждать вещь или сдѣлать получившаго ее собственникомъ этой вещи, (напр. при отдачѣ вещи въ пользованіе или въ залогъ); такъ далѣе, вещь состоящая въ дѣйствительномъ владѣніи утрачивается собственникомъ противъ его воли; въ этихъ случаяхъ собственникъ имѣетъ право вытребовать свою вещь съ ея принадлежностями отъ каждаго, кто владѣетъ ею (§ 94. 95.). Это правило имѣетъ силу и относительно потерянныхъ вещей, въ видахъ послѣдовательности оно должно прилагаться и къ тѣмъ случаямъ, когда напр. убѣгаетъ дикое

животное, на которое пріобрѣтено право собственности, или когда домашнее животное не возвращается къ хозяину. Но по римскому праву въ этихъ случаяхъ животное считается безхозяйною вещью, такъ какъ оно возвратилось въ состояніе естественной свободы [a]).

§ 109.

О собственности на духовныя вещи и о механической поддѣлкѣ и размноженіи ихъ.

Идеи и истины вообще считаются не объектами индивидуальнаго права, а скорѣе общимъ духовнымъ достояніемъ человѣчества. Однако своеобразно понятая идея или своеобразно открытая и сознанная истина безспорно принадлежатъ къ внутренней индивидуальности [a]) человѣка, какъ произведенія его духовной дѣятельности, и составляютъ часть его внутренней собственности въ обширномъ смыслѣ слова. Если человѣкъ представляетъ понятую имъ идею или открытую и сознанную истину въ извѣстной формѣ, притомъ такъ, что онѣ вступаютъ въ видимый міръ, какъ постоянное явленіе, то такія духовныя произведенія принимаютъ природу вещи и тѣмъ самымъ дѣлаются предметомъ собственности въ тѣсномъ смыслѣ слова (§ 89.); эта собственность должна принадлежать автору духовнаго произведенія въ силу того, что онъ произвелъ его (§ 100.). Слѣдовательно въ литературномъ произведеніи первообразная собственность автора относится къ совокупности его мыслей, взглядовъ и убѣжденій, представленной въ подлинникѣ въ извѣстной формѣ и какъ постоянное явленіе. Изъ самой природы права

---

§ 108. a) § 12. и 15. J. de rer. divis. (II. 1.) L. 3. § 2. L. 4. L. 5. pr. § 4. и 5. D. de acquir. rer. dom. (XLI. 1.).

§ 109. a) Ср. Аренсъ ibid. 526. и Рёдеръ ibid. 280.

собственности (§ 92.) уже слѣдуетъ, что онъ можетъ произвольно распоряжаться подлинникомъ и употреблять его, какъ средство къ пріобрѣтенію. Но пріобрѣтеніе посредствомъ оригинала возможно преимущественно въ томъ отношеніи, что содержаніе его воспроизводится при помощи книгопечатанія въ массѣ копій или напечатанныхъ экземпляровъ, которые и распродаются. Если же авторъ предоставляетъ другому въ силу контракта право пользоваться своимъ литературнымъ произведеніемъ, то этотъ другой, называемый издателемъ, вступаетъ на столько въ первообразное право автора—размножать путемъ печати литературное произведеніе и такимъ образомъ пользоваться имъ для пріобрѣтенія,—на сколько оно уступлено ему авторомъ. Но имѣетъ ли право покупатель или другой пріобрѣтатель напечатаннаго экземпляра книги, — отпечатывать его и продавать такимъ образомъ размноженные экземпляры? — Это вопросъ весьма спорный [b]), который мы постараемся разобрать въ слѣдующемъ §.

§ 110.

Упомянутый въ концѣ предъидущаго § вопросъ, справедливѣе рѣшить отрицательно [a]). Ибо отпечатанный экземпляръ

b) Изъ множества сочиненій по этому вопросу нѣкоторыя приводятся у Гроса ibid. § 167. въ прим. въ концѣ и у Варнкёнига ibid. стр. 363. и сл. въ прим.

§ 110. a) Другаго мнѣнія держится напр. Гросъ ibid. — Относительно способа, избраннаго Кантомъ, Фихте и Гегелемъ — доказать неправомѣрность перепечатки книгъ, — и противъ него, см. Эберти: Vers. auf dem Gebiete des Naturr. стр. 150. и сл.— Шталь ibid. II. 2. 79. и сл. разсматриваетъ отношеніе писателя къ своему сочиненію (также изобрѣтателя къ своему изобрѣтенію) «не какъ духовную собственность, т. е. собственность на духовную вещь, а какъ пріобрѣтеніе посредствомъ духовнаго дѣйствія», и находитъ ему, на этомъ основаніи, систематическое мѣсто и опредѣлительное начало не въ правѣ собственности, а въ ремесленномъ

книги всегда есть только копія подлинника; поэтому право собственности на экземпляръ книги не можетъ уполномочивать къ такому пользованію имъ, которое связано лишь съ правомъ на подлинникъ, пока послѣднее существуетъ. Но такое пользованіе происходитъ при перепечаткѣ. Кто размножаетъ отпечатанный экземпляръ книги, пріобрѣтенный имъ въ собственность, посредствомъ перепечатки, съ корыстнымъ намѣреніемъ продать перепечатанные экземпляры, — тотъ пользуется своимъ экземпляромъ, какъ средствомъ пріобрѣтенія, слѣдовательно придаетъ ему значеніе не копіи, а подлинника [b]); тѣмъ самымъ онъ приписываетъ себѣ, слѣдовательно, нѣчто такое, что принадлежитъ, какъ право, только автору или тому, которому оно предоставлено, слѣдовательно издателю, и совершаетъ поэтому незаконное вторженіе въ сферу чужаго права. Кромѣ того перепечатчикъ въ большей части случаевъ виновенъ въ оскорбленіи личности автора въ томъ отношеніи, что ставитъ его имя въ заглавіи книги, какъ будто бы онъ былъ уполномоченъ на это, тогда какъ это дѣлается безъ вѣдома и противъ воли автора,

правѣ (Gewerbrecht). Но такое воззрѣніе, конечно, не подходитъ къ такимъ случаямъ, гдѣ писатель совсѣмъ не имѣетъ въ виду пріобрѣтеніе посредствомъ литературнаго произведенія, хотя принципъ законовъ о перепечаткѣ долженъ прилагаться и къ нимъ по мнѣнію Шталя.

b) Ср. Кругъ: Dikäol. прим. къ § 51. — Если Аренсъ ibid. 525. противупоставляетъ убѣдительной силѣ этого аргумента слѣдующее замѣчаніе: «Перепечатчикъ не принимаетъ въ соображеніе этого обстоятельства, а пользуется книгою такимъ образомъ, какъ будто онъ даетъ ее на прочтеніе сотнѣ индивидуумовъ,» то противъ этого возраженія можно напомнить, что здѣсь вопросъ не въ томъ, принимаетъ ли фактически перепечатчикъ что-нибудь въ соображеніе, или не принимаетъ, а въ томъ, что должно приниматься имъ въ соображеніе на основаніи права. — Впрочемъ и Аренсъ 526. и сл. высказывается противъ правомѣрности перепечатки, хотя и на другихъ основаніяхъ: онъ имѣетъ въ виду разумную цѣль, преслѣдуемую авторомъ и условія, необходимыя для достиженія ея и, слѣдовательно, составляющія право автора.

слѣдовательно онъ недобросовѣстно пользуется его именемъ, т. е. злоупотребляетъ имъ. Если бы, далѣе, перепечатка книгъ была юридически дозволена, то изъ этого вытекала бы та несообразность, что перепечатчикъ въ силу мнимо неограниченнаго права собственности на свой экземпляръ, имѣлъ бы большее право, чѣмъ издатель, ибо послѣднiй ограниченъ обыкновенно въ силу контракта съ авторомъ извѣстными условiями касательно печатанiя и продажи экземпляровъ; далѣе, даже самъ авторъ, еслибъ въ контрактѣ съ издателемъ не было прямо постановлено противное, имѣлъ бы право перепечатки, въ силу собственности, прiобрѣтенной надъ однимъ напечатаннымъ экземпляромъ своего сочиненiя. — Но перепечатка книгъ является дѣломъ неблагороднымъ и несправедливымъ и съ нравственной точки зрѣнiя, именно потому, что перепечатчикъ присвоиваетъ себѣ выгоду предпрiятiя другаго, не принимая на себя ни риска, ни издержекъ, которыя необходимы для прiобрѣтенiя права изданiя [c]). — Съ другой стороны въ интересѣ литературнаго оборота и распространяемаго имъ образованiя и просвѣщенiя можно желать, чтобъ положительные законы, — что и было сдѣлано, хотя и различно [d]), — ограничивали признаваемое ими право собственности надъ духовными предметами и вытекающее изъ этого признанiя запрещенiе перепечатки, — извѣстнымъ срокомъ послѣ появленiя литературнаго произведенiя [e]). — То, что сказано о перепечаткѣ книгъ, приложимо и къ перепечаткѣ художественныхъ вещей и къ другимъ размноженiямъ сочиненiй и картинъ посредствомъ механическихъ средствъ.

c) Эберти ibid. 153. и сл. выводитъ противузаконность перепечатки книгъ изъ одной безнравственности таковой операцiи, соотвѣтственно своему основному положенiю, что право ничто иное, какъ «нравственность, сдѣлавшаяся положительною». По его мнѣнiю нравственность требуетъ, «чтобъ государство (т. е. законъ) обезпечивало отдѣльному лицу пользованiе плодами своего труда;» это-то требованiе нравственности должно быть признано въ правѣ.

d) Примѣры различныхъ относящихся сюда опредѣленiй законодательства приводятся у Варнкёнига ibid. стр. 363. прим. †) и стр. 365. прим. *).

e) Это-то и составляетъ привходящую сюда политическую точку зрѣнiя, которая не должна быть смѣшиваема съ юридической. Но Шталь ibid. II. 2. стр. 78. и сл. хочетъ вывести изъ назначенiя литературныхъ произведенiй («сдѣлаться доступными всякому»), что не можетъ быть «безграничнаго (вѣчнаго) права писателя и его наслѣдниковъ на исключительное обладанiе духовными произведенiями и распространенiе ихъ;» поэтому запрещенiе перепечатки должно имѣть, по его мнѣнiю, извѣстный предѣлъ во времени. — И Рёдеръ ibid. стр. 288. считаетъ обязанностью государства «защищать права общества противъ ограниченiй свободнаго пользованiя тѣмъ, что уже сдѣлалось публичнымъ, если онѣ только не установлены во обезпеченiе источника пропитанiя автора и сохраненiя его индивидуальности». — Эберти ibid. стр. 156. и сл. считаетъ, напротивъ, опредѣленiя срока давности въ отношенiи къ праву автора чѣмъ-то совершенно произвольнымъ; относительно случая возможной коллизiи между общественнымъ интересомъ и правомъ автора, мы находимъ у него слѣдующее: «Если сочиненiя или изобрѣтенiя, какъ общее благо, должны быть какъ можно болѣе распространяемы въ интересѣ государства, если въ этомъ отношенiи исключительное право автора на плоды своихъ трудовъ сталкивается въ отдѣльномъ случаѣ съ планами государства, то государство пусть прiобрѣтаетъ право автора или изобрѣтателя покупкою или другимъ образомъ и передаетъ его публикѣ, какъ это и было нѣсколько разъ сдѣлано въ новое время».

§ 111.

О правахъ на чужiя вещи: А) Природа и виды ихъ.

Права на чужiя вещи или соединяются съ владѣнiемъ чужою вещью, (которое и само должно считаться при извѣстныхъ предположенiяхъ правомъ на чужую вещь (§ 91.)),или же имѣютъ мѣсто и безъ него. Между различными возможными видами правъ на чужiя вещи слѣдуетъ здѣсь обратить особенное вниманiе на право залога и право угодiй [a]). —

§ 111. a) Аренсъ ibid. стр. 441. и 464. принимаетъ раздѣльную собственность относительно того и другаго.

Право залога есть право на чужую вещь, уступленное заимодавцу во обезпеченіе принадлежащаго ему права требованія. Залогъ спеціально называется Faustpfand или гипотекой [d]), смотря потому, передается ли онъ во владѣніе заимодавца, или нѣтъ. Но во всякомъ случаѣ право залога есть лишь придаточное право, ибо оно обусловливается по своему понятію и цѣли правомъ требованія, къ обезпеченію котораго оно служитъ. Права на угодья или повинности (Servituten) [c]) суть такія права на чужія вещи, въ силу которыхъ собственникъ долженъ въ пользу другаго терпѣть или не дѣлать чего-нибудь такого, чтобы онъ могъ по естественной свободѣ собственности не стерпѣть или сдѣлать. Они или принадлежатъ лишь извѣстному лицу, какъ въ высшей степени личное право (§ 70.), или же находятся въ такой связи съ извѣстнымъ поземельнымъ участкомъ, что переходятъ съ нимъ ко всякому собственнику этого участка. Въ первомъ случаѣ они называются личными повинностями, въ послѣднемъ же—вещными, реальными, или вотчинными повинностями (также въ нѣмецкомъ правѣ Gerechtigkeiten eines Grundstücks [d]).—Далѣе можно имѣть такое право на чужую вещь, что въ силу его можно требовать отъ всякаго владѣльца ея извѣстныхъ дѣйствій; впрочемъ такое право не простое или чисто вещное, но скорѣе есть вещное обязательство (т. е. коренящееся въ вещи), въ силу которого ограничивается не собственность на вещь, но личная свобода всякаго владѣльца ея на столько, на сколько онъ обязанъ совершить упомянутыя дѣйствія (§ 46. приб. 1.).

b) Рёдеръ ibid. стр. 267. и сл. весьма неблагопріятно обсуждаетъ право залога и гипотеки.

c) Смыслъ этихъ названій тотъ, что вещь, подчиненная такому праву, служитъ (servit) въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ не собственнику, а другому лицу.

d) Послѣднее выраженіе, конечно, весьма не точно, ибо поземельный участокъ, по понятію естественнаго права о лицѣ, не можетъ считаться субъектомъ, имѣющимъ права, а является скорѣе средствомъ, въ силу котораго упомянутая повинность приходится на долю каждаго собственника. См. § 39. прим. a).

§ 112.

За исключеніемъ вещныхъ обязательствъ (§ 111. въ концѣ), всѣ другія права на чужія вещи, какъ положительныя, т. е. въ силу которыхъ обладатель права можетъ что-нибудь предпринять относительно чужой вещи, такъ и отрицательныя, т. е. по которымъ собственникъ вещи долженъ воздержаться отъ чего-нибудь въ пользу обладателя права, всѣ они имѣютъ то общее, что они производятъ умаленіе или ограниченіе правъ собственности въ лицѣ собственника. Положительныя права въ чужой вещи производятъ это дѣйствіе вслѣдствіе того, что содержитъ въ себѣ отдѣльныя части права собственности, перешедшія не на собственника, а на другое лицо; отрицательныя права производятъ то же дѣйствіе, препятствуя собственнику въ отправленіи извѣстной составной части права собственности. Но относительно этихъ правъ нельзя вывести изъ общихъ юридическихъ началъ никакихъ подробностей; онѣ, поэтому, и основываются или на соглашеніи заинтересованныхъ сторонъ, или на опредѣленіяхъ положительнаго права. Такъ относительно права залога, заимодавцу, собственно говоря, можетъ быть дано только право удерживать переданный ему залогъ и пользоваться имъ, пока требованіе его не будетъ удовлетворено, или же продать залогъ и такимъ образомъ удовлетворить себя вырученными деньгами, въ случаѣ если долгъ не будетъ уплаченъ во время. Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ однако принято только послѣднее [a]), такъ что право

§ 112. a) L. 4. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) L. 12. § 10. D. qui potior. in pign. (XX. 4.) L. 6. и 14. C. de. distract. pign. (VIII. 28.).

отчужденія залога не можетъ быть вполнѣ отнято у заимодавца даже вслѣдствіе договора или предсмертнаго распоряженія [b]); напротивъ пользоваться вещью заимодавецъ не можетъ [c]), такъ какъ таковое право не дается ему [d]). Что же касается до повинностей, то рѣшеніе вопросовъ о томъ, какія изъ нихъ принадлежатъ къ личнымъ, какія къ имущественнымъ [e]) и какъ далеко простираются заключающіяся въ нихъ права, — зависитъ отъ опредѣленія воли заинтересованныхъсторонъ и отъ положительныхъ постановленій права.

§ 113.

B) О происхожденіи правъ на чужія вещи.

Права на чужія вещи, по естественному праву, возникаютъ лишь по волѣ собственника, вслѣдствіе того, что онъ уступаетъ другому право на вещь посредствомъ договора, и даже передаетъ ее въ его владѣніе, если это необходимо для отправленія права. Впрочемъ по особеннымъ основаніямъ они могутъ установляться и вслѣдствіе правительственнаго распоряженія и судебнаго признанія: право залога, напр. какъ средство исполненія относительно лица, признающаго долгъ и юридически осужденнаго, но не производящаго уплаты; повинность же тогда, когда ея установленіе вслѣдствіе извѣстныхъ обстоятельствъ является юридически необходимымъ (напр. дорога, проложенная вслѣдствіе крайней необходимости); лицу, на котораго налагается такая повинность, дается извѣстное вознагражденіе [a]). — Но по положительнымъ законамъ права на чужія вещи могутъ возникнуть и другимъ образомъ: вслѣдствіе предсмертнаго распоряженія [b]), законнаго предписанія [c]) и давности [d]).

Но въ древнѣйшемъ правѣ залоговѣритель имѣлъ право на отчужденіе залога лишь тогда, когда оно было дано ему по договору. Gaj. Jnstitut. II. § 64. L. 14. § 5. D. de divers. temp. praesc. (XLIV. 3.) L. 73. D. de furt. (XLVII. 2.).

b) L. 4. и 5. D. de pignorat. act. L. 1. и 2. C. debitor. vend. pign. imped. non poss. (VIII. 29.).

c) § 6. J. de obligat., quae ex delict. nasc. (IV. 1.) L. 54. pr. D. de furt.

d) L. 1. § 3. и L. 11. § 1. D. de pignor. (XX. 1.) L. 8. D. in quib. caus. pign. (XX. 2.) L. 17. C. de usur. (IV. 32.).

e) Что же касается до ususfructus, то онъ можетъ быть только личною повинностью; на это есть существенное основаніе, которое состоитъ въ томъ, чтобъ собственность не утратила всей своей цѣнности вслѣдствіе отдѣленія отъ нея права пользованія на долгое время или навсегда. § 1. J. de usufr. (II. 4.). «.....Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis exstingui usumfructum et ad proprietatem reverti». L. 56. D. eod. (VII. 1.) L. 8. D. de usu et usufr. per. legat. dat. (XXXIII. 2.) L. 14. C. de usufr. (III. 33.).

§ 113. a) Примѣръ такого рода встрѣчается въ L. 12. pr. D. de religios. (XI. 7.).

b) Къ завѣщательному праву залога относится L. 26. pr. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) L. 9. D. de ann. legat. (XXXIII. 1.) L. 12 D. de aliment. leg. (XXXIV. 1.). и L. 1. C. commun. de legat. (VI. 43.), о завѣщанныхъ повинностяхъ трактуютъ особенныя титла дигестъ; именно de usu et usufr. per. legat. dat. (XXXIII. 2.) и de servitute legata (XXXIII. 3.).

c) Въ римскомъ правѣ есть множество установленныхъ закономъ (или подразумѣваемыхъ) гипотекъ, которыя упоминаются только отчасти въ относящихся къ нимъ статьяхъ источниковъ. D. (XX. 2.) и C. (VIII. 15.) in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah; изъ сервитутовъ ususfructus основывается въ нѣкоторыхъ случаяхъ непосредственно на предписаніи закона, напр. L. 1. C. de bon. matern. (VI. 60.) L. 6. pr. C. de bon., quae liber. (VI. 61.). — L. 3. pr. L. 6. § 1. C. de secund. nupt. (V. 9.). Nov. 117 c. 5.

d) На этомъ основаніи могутъ быть пріобрѣтены повинности, L. 10. pr. D. si serv. vind. (VIII. 5.) L. 1. § ult. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX. 3.) L. 5. § 3. D. de itin. (XLIII. 19.) L. 1. и 2. C. de servitut. (III. 34.). и L. 12. in f. C. de praescript. longi temp. (VII. 33.), чего нельзя сказать о правѣ залога.

§ 114.

C) Способы прекращенія правъ на чужія вещи.

Къ общимъ способамъ прекращенія правъ на чужія вещи принадлежатъ слѣдующіе случаи: 1) когда вещь уничтожается; 2) когда она дѣлается собственностью того, кто дотолѣ имѣлъ относительно ея право на чужую вещь; 3) когда кончается временная или отмѣнимая собственность лица, уступившаго другому право на свою вещь, которое и могло быть уступлено только на время собственности; 4) при наступленіи срока или условія, отъ котораго зависитъ прекращеніе права на чужую вещь; 5) когда кто-нибудь добровольно отказывается отъ права на вещь. — Другіе способы погашенія права на чужія вещи имѣютъ болѣе ограниченное приложеніе. Что же касается до смерти обладателя права на чужую вещь, то съ нею уничтожаются по естественному праву, какъ права умершаго вообще (§ 69.), такъ и право залога и личныя повинности, (послѣднія и по положительнымъ законамъ [a]), не смотря на признанный въ нихъ порядокъ наслѣдованія, § 75.). Исключеніе составляютъ имущественныя повинности, ибо онѣ переходятъ и къ будущему пріобрѣтателю поземельнаго участка, въ составъ котораго онѣ входятъ, какъ прибыльныя статьи. Имущественная повинность уничтожается, напротивъ, не только вслѣдствіе уничтоженія поземельнаго участка, въ связи съ которымъ она находится, но и тогда, когда послѣдній переходитъ въ собственность того, которому принадлежитъ вещь, обложенная повинностью, ибо тогда уже не можетъ быть рѣчи о праве на чужую вещь. Далѣе право залога уничтожается по своей своеобразной природѣ тогда, когда долгъ, по которому взятъ залогъ, вполнѣ уплаченъ, когда залоговѣритель пользуется принадлежащимъ ему правомъ отчужденія залога, т. е. когда онъ по установленному порядку продаетъ залогъ, чтобъ удовлетворить себя. — Кромѣ того въ положительныхъ законахъ есть еще нѣкоторыя другіе способы погашенія правъ на чужія вещи [b]). — Но таковыя права отнюдь не прекращаются вслѣдствіе смерти собственника вещи или отчужденія, совершеннаго имъ, такъ какъ они коренятся въ самой чужой вещи и потому могутъ быть предъявлены противъ каждаго будущаго пріобрѣтателя ихъ (§ 89.). Поэтому право на чужую вещь не уничтожается вслѣдствіе утраты владѣнія чужою вещью противъ воли обладателя этого права.

---

§ 114. a) § 3. J. de usufr. (II. 4.). pr. J. de usu (II. 5.) L. 3. § 3. D. quib. mod. ususfr. amitt. (VII. 4.) L. 37. D. de serv. praed. rust. (VIII. 3.) L. 3. pr. L. 12. и L. 14. C. de usufr. (III. 33.).

b) Сюда относится преимущественно резолютивная давность, которая имѣетъ мѣсто, какъ относительно повинностей, § 3. J. de usufr. pr. J. de usu, L. 78. pr. D. de jure dot. (XXIII. 3.) L. 126. § 1. D. de verb. oblig. (XLV. 1.). — L. 6. и 7. D. de serv. praed. urb. (VIII. 2.) L. 18. D. de serv. praed. rust. L. 13. C. de servitut. (III. 34.), такъ и относительно права залога, L. 3. и L. 7. § 1. C. de praescript. XXX. ann. (VII. 39.) въ связи съ L. 27. pr. D. de noxal. act. (IX. 4.). «.... nullum enim pignus est, cujus persecutio negatur ....» Другіе способы положительнаго права касательно прекращенія относятся спеціально либо къ личнымъ повинностямъ, L. 16. § 2. C. de usufr. и § 3. J. eod., или же только къ праву залога. Ср. L. 5. § 1. и L. 12. D. de divers. temp. praescr. (XLIV. 3.). — § 14. J. de usucap. (II. 6.).

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

О ПРАВАХЪ ПО ОБЯЗАТЕЛЬСТВАМЪ ИЛИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫХЪ ОТНОШЕНІЯХЪ.

§ 115.

Природа правъ по обязательствамъ.

Правами по обязательствамъ или личными правами, (названіе, хотя вошедшее въ употребленіе, но далеко не совсѣмъ точное), называются такія права, въ силу которыхъ кто-нибудь уполномоченъ требовать извѣстнаго дѣйствія отъ другаго лица, обязавшагося относительно его на опредѣленномъ основаніи (§ 46. № 3.). Слѣдовательно возникающее отсюда юридическое отношеніе, называемое обязательственнымъ или долговымъ, и по самому происхожденію своему касается лишь опредѣленныхъ лицъ, изъ которыхъ одно имѣетъ право на дѣйствіе, другое обязанность свершить это дѣйствіе; или же каждое лицо имѣетъ право и обязанность относительно другаго. Обладатель права называется вѣрителемъ, обязавшійся должникомъ, такъ что на научномъ языкѣ эти выраженія прилагаются для обозначенія заинтересованныхъ сторонъ не только къ извѣстнымъ видамъ обязательствъ, но и ко всѣмъ [a]). Въ такомъ юридическомъ отношеніи можетъ быть и болѣе двухъ лицъ, что̀, впрочемъ, не существенно. Содержаніе или предметъ права по обязательствамъ (§ 41.) состоитъ всегда въ исполненіи чего-либо (Leistung) или въ совокупности такихъ исполненій [b]). Исполненіе въ юридическомъ смыслѣ называется всякая положительная или отрицательная дѣятельность, вслѣдствіе которой лицо совершаетъ что-нибудь для другаго, при чемъ все равно, будетъ ли оно что-нибудь давать, дѣлать, допускать, или, въ смыслѣ отрицательнаго дѣйствія, отъ чего-нибудь воздерживаться. Лишь то, что̀ составляетъ содержаніе общей юридической обязанности, именно воздержаніе отъ нарушеній и нанесенія вреда праву другаго (§ 49.), обыкновенно не входитъ въ составъ понятія объ исполненіи, ибо оно само собою подразумѣвается при каждомъ правѣ, какъ его необходимое слѣдствія (§ 6.), и не влечетъ за собою особеннаго отношенія между обладателемъ права и прочими людьми, обязанными не нарушать его. Слѣдовательно если кто-нибудь обязанъ относительно другаго къ исполненію, какъ предмету обязательственнаго права, то для этого требуется или осо-

§ 115. a) Эти выраженія выработались по образцу римскаго права, въ которыхъ встрѣчаются въ общемъ смыслѣ названія creditor и debitor, L. 11. D. de verb. signif. (L. 16.). «Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed, omnes, quibus ex qualibet causa debetur». L. 108. D. eod. «Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest». L. 14. D. de hered. pet. (V. 3.). «. . . . utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit, nihil refert . . . .» Ср. и L. 16. § 4. D. de fidejuss. (XLVI. 1.).

b) По мнѣнію Шталя (Philos. des Rechts. II. 1. 362.) предметъ требованія не есть «непосредственное исполненіе, но исполненіе чего-либо при участіи воли другаго, т. е. сама воля, посредствомъ которой исполненіе можетъ быть вызвано въ извѣстное время и въ извѣстномъ мѣстѣ, — юридическая связь (vinculum juris)». — Существо юридическаго обязательственнаго отношенія состоитъ конечно въ послѣдней; но предметъ его все же есть и будетъ исполненіе со стороны обязавшагося; воля послѣдняго есть только внутренняя сила исполненія. Далѣе воля обязавшагося очевидно не принадлежитъ къ имуществу обязавшагося, къ чему Шталь однако самъ причисляетъ обязательство.

бенное основаніе происхожденія таковаго юридическаго отношенія, или уже существующее особенное отношеніе между участниками, изъ котораго вытекаютъ права по обязательствамъ (§ 116.). Впрочемъ эти послѣднія права принадлежатъ, если и не исключительно, то по большей части, къ имущественнымъ, ибо исполненіе, которое слѣдуетъ совершить въ пользу обладателя права, имѣетъ вещественную или денежную цѣну, а потому и должно причисляться къ его имуществу (§ 46. прим. g). Эти права по своей природѣ большею частью преходящія, такъ что онѣ уничтожаются послѣ исполненія дѣйствія; впрочемъ обязательственныя отношенія могутъ быть разсрочены по волѣ участниковъ и на долгое время [c]).

§ 116.

Источники происхожденія обязательственныхъ отношеній.

Къ естественнымъ источникамъ происхожденія обязательственныхъ отношеній принадлежатъ слѣдующіе: 1) договоры (§ 117. и сл.); 2) недозволенныя дѣйствія, составляющія нарушеніе права (§ 139.), 3) различные другіе случаи, въ которыхъ есть моментъ, способный къ установленію обязательственнаго права и соотвѣтствующей ему обязанности (§ 140.). — Кромѣ того въ уже существующихъ юридическихъ отношеніяхъ или въ особенныхъ отношеніяхъ извѣстныхъ лицъ другъ къ другу, напр. въ семействахъ и общественныхъ кругахъ могутъ возникнуть обязательственныя права между участниками, вытекающія непосредственно изъ природы и назначенія этихъ отношеній; но таковыя обязательственныя права не относятся сюда, именно потому, что находятся въ связи съ другими юридическими отношеніями, въ значеніи ихъ слѣдствій, и не предполагаютъ никакого особеннаго источника происхожденія. — Что же касается до указанныхъ выше особенныхъ источниковъ происхожденія обязательственныхъ правъ или отношеній, то первое мѣсто между ними занимаютъ договоры по ихъ необходимости для человѣческихъ сношеній и вслѣдствіе частаго ихъ употребленія [a]); такъ какъ до сихъ поръ въ § 71. и 72. указано было лишь на ихъ понятіе и природу вообще, то здѣсь у мѣста по подробнѣе разсмотрѣть ихъ.

Уже Гай въ L. 1. pr. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) относитъ происхожденіе обязательственныхъ правъ къ упомянутымъ тремъ классамъ. «Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris». Что къ послѣдней категоріи принадлежатъ преимущественно obligationes quasi ex contractu и quasi ex maleficio—это явствуетъ изъ L. 5 D. eod. и § 2. J. de obligat. (III. 13. или 14.). — Однако этотъ римскій взглядъ на происхожденіе обязательствъ не совершенно совпадаетъ по своему содержанію съ естественнымъ правомъ, а содержитъ въ себѣ съ одной стороны менѣе, съ другой же болѣе, чѣмъ послѣднее. Менѣе въ томъ отношеніи, что въ римскомъ правѣ подъ словомъ contractus разумѣются только договоры, исковые по гражданскому праву, въ противуположность pacta или pactiones, при которыхъ нѣтъ иска. (§ 2. J. cit. L. 7.

c) Напр. отношенія товарищества, аренды и найма и т. д. — Противъ слишкомъ широкаго взгляда Гуго, будто обязательства вообще преходящи по природѣ, и что во всемъ отношеніи существенно обращать вниманіе на прекращеніе его, см. Мюленбрухъ: Cession der Forderungsr. стр. 16. пр. 24. (3-е изданіе). Аренсъ: Rechtsphilos. 553. также слишкомъ односторонне поставляетъ признакъ собственно договоровъ въ томъ, что «они относятся къ отдѣльнымъ дѣйствіямъ преходящимъ и заключеннымъ въ себѣ».

§ 116. a) Кантъ: Metaphys. Anfangsgr. der Rechtsl. стр. 87. и сл. считаетъ договоръ единственнымъ источникомъ происхожденія личнаго права. Этимъ объясняется односторонность метода, (Шталь ibid. II. стр. 411. справедливо порицаетъ его), принятаго и другими философами-юристами, по которому собственности противупоставляется не обязательство, а договоръ, какъ другая сторона имущества.

§ 2. 4. и 5. и L. 45. D. de pact. (II. 14.) L. 15. D. de praescript. verb. (XIX. 5.) Это различіе не существуетъ въ естественномъ правѣ. Болѣе же а) потому, что нѣкоторыя maleficia или delicta по римскому праву являются основаніемъ не только вознагражденія за убытокъ, но и частнаго наказанія (§ 18. 19. и 23—25. J. de action. (IV. 6.) и § 7. J. de injur. (IV. 4.), которое однако не соотвѣтствуетъ разумной и истинной цѣли наказанія, (указываемой въ естественномъ государственномъ правѣ), b) частью потому, что между obligat. ex variis causarum figuris являются многія обязательства, которыя нельзя вывести изъ началъ естественнаго права и которыя были приняты по политическимъ соображеніямъ, напр. большая часть obligat. quasi ex delicto. L. 5. § 5 и 6. D. de obligat. et act. и § 1—3. J. de obligat., quae quasi ex delicto nasc. (IV. 5.) — Впрочемъ Аренсъ ibid. стр. 552. предлагаетъ вмѣсто неодобряемой имъ римской классификаціи обязательствъ другую и производитъ преходящія отдѣльныя обязательства «или 1) изъ обоюднаго изъявленія воли или договора, или 2) изъ одностороннягo дѣйствія отдѣльнаго лица, которое въ свою очередь бываетъ или а) юридическимъ дѣйствіемъ, какъ напр. веденіе дѣлъ безъ порученія, или b) неюридическимъ дѣйствіемъ, получающимъ этотъ характеръ намѣренно или ненамѣренно». — Однако этотъ опытъ классификаціи не исчерпываетъ всего содержанія. Ибо кромѣ одностороннихъ юридическихъ дѣйствій есть еще двусторонніл, которыя не принадлежатъ къ договорамъ, а все-таки производятъ обязательства, напр. платежъ по заблужденію и принятіе несуществующаго долга. L. 5. § 3. D. de obligat. et act. § 1. J. quib. mod. re contrah. oblig. (III. 14. или 15.) и § 6. J. de obligat. quasi ex contractu (III. 27. и 28.). И неюридическія дѣйствія могутъ быть взаимныя, напр. когда два лица одновременно оскорбляютъ другъ друга.

§ 117.

Юридическая возможность и обязательность договоровъ.

Основаніе юридической возможности или допустимости договоровъ заключается въ первообразномъ правѣ человѣка, —

вступать съ другими въ юридическія сношенія и заключать всякаго рода дозволенныя сдѣлки (§ 86.). Но весьма спорнымъ представляется въ естественномъ правѣ вопросъ, имѣютъ ли юридическую обязательную силу договоры, выполняющіе всѣ требованія ихъ дѣйствительности (§ 118.) [a]). Но этотъ вопросъ безспорно должно рѣшать утвердительно [b]). Ибо обязательная сила договоровъ обусловливается не только нравственно юридическимъ принципомъ вѣрности [c]), но и

---

§ 117. а) Такъ напр. Спиноза: Tractatus theologico-politic. cap. XVI. въ изданіи его Opp. Паулуса (Vol. I. p. 363.). и Tractat. politic. c. II. § 12. (Opp. Vol. II. p. 312.) утверждаетъ, что по естественному праву, которое основывается на могуществѣ каждаго, никто не обязанъ соблюдать договора, если только не имѣетъ въ виду бо̀льшаго зла или бо̀льшаго блага. Если поэтому кто-нибудь удостовѣряется, что вслѣдствіе даннаго имъ обѣщанія его ожидаетъ скорѣе невыгода, чѣмъ польза, то онъ можетъ по естественному праву неисполнить своего обѣщанія. — Другіе напр. Гуго: Lehrbuch des Naturr. § 335. и 336. и Эберти въ Vers. auf dem Gebiete des Naturr. стр. 62. и сл. признаютъ, правда, нравственную обязательность договоровъ, но выводятъ ихъ юридически-обязательную силу изъ положительнаго права.— Варнкёнигъ: Rechtsphilos. 383. выбираетъ средній путь, считая обязательными по общимъ началамъ реальные договоры, а не простыя соглашенія, «развѣ только они объявляются таковыми по своей формѣ, вслѣдствіе положительнаго юридическаго постановленія».

b) О различныхъ попыткахъ прежнихъ писателей объ естественномъ правѣ, — вывести обязательную силу договоровъ, говорится у Варнкёнига ibid. 377. и сл. — Кантъ ibid. 100. считаетъ прямо невозможнымъ доказать посредствомъ категорическаго императива, что должно держать обѣщаніе; это — постулатъ чистаго разума. Относительно различныхъ несостоятельныхъ возраженій противъ обязательной силы договоровъ, относящихся къ будущимъ дѣйствіямъ, см. Кругъ: Dikäol. § 55. прим. 2. и Шталь ibid. I. 147.

c) Это уже сознали древніе, именно Cic. de offic. I. c. 7. «Fundamentum autem justitiae est fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas . . . .». Ульпіанъ въ L. 1. pr. D. de pact. (II. 14.). «Hujus Edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?» и

другими юридическими основаніями, заключающимися въ значеніи и цѣли договоровъ и въ необходимости ихъ выполненія для юридическихъ сношеній. Ибо по разуму вступленіе въ договоръ не можетъ имѣть другаго смысла и цѣли, кромѣ исполненія того, относительно чего произошло соглашеніе. Подробное опредѣленіе взаимныхъ отношеній между людьми, по ихъ индивидуальнымъ цѣлямъ и потребностямъ, возможное лишь при помощи договоровъ и необходимое для существованія человѣческаго общества, было бы лишено всякаго внѣшняго обезпеченія, безъ обязательной силы договоровъ; а это нанесло бы ущербъ юридическимъ сношеніямъ вообще [d]). Поэтому, какъ только кто-нибудь изъявилъ свою волю — исполнить что-нибудь для другаго, и послѣдній принялъ это предложеніе, то внѣшняя свобода обѣщавшаго подчинена относи-

---

Павелъ въ L. 84. § 1. D. de, regul. jur. (L. 17.). «Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.» Ср. и Шталь ibid. II. 1. 414. — Впрочемъ послѣдній различаетъ нравственное и юридическое обязательство, налагаемое договоромъ, и поставляетъ первое въ зависимость отъ того, что договоръ служитъ нравственкой или разумной цѣли, послѣднее же—отъ того, что онъ служитъ юридической цѣли, т. е. имѣетъ соотношеніе съ содержаніемъ, «которое составляетъ необходимую составную часть общежитія, слѣдовательно юридическаго порядка»; но такъ какъ Шталь самъ (стр. 412.) опредѣляетъ договоръ «взаимно объявленнымъ соглашеніемъ между извѣстными лицами относительно установляемаго ими юридическаго отношенія», то каждый договоръ, къ которому слѣдуетъ прилагать это опредѣленіе, долженъ служить юридической цѣли и слѣдовательно обязывать во всякомъ случаѣ, когда онъ дѣйствительно заключенъ, не только нравственно, но и юридически. — Впрочемъ Эберти ibid. стр. 62. и сл. думаетъ, что если считать вѣрность не только нравственнымъ, но и юридическимъ началомъ, то это значитъ давать ей слишкомъ обширный смыслъ, такъ какъ по положительнымъ законодательствамъ не всякое исполненіе обѣщанія можетъ быть вынуждено.

d) Ср. Гросъ: Lehrb. der philos. Rechtswiss. § 179., Варнкёнигъ ibid. стр. 375., Аренсъ ibid. стр. 556. и сл. и 544. и сл. Рёдеръ: Grundz. d. Naturr. Стр. 322. и сл.

тельно обѣщаннаго дѣйствія волѣ и распоряженію того, кому оно обѣщано; съ этихъ поръ обѣщавшему не позволяется отступить одностороннимъ актомъ воли и безъ согласія того, кому обѣщано, отъ обѣщанія, даннаго послѣднему и принятаго имъ, слѣдовательно отказаться отъ своего изъявленія воли, вошедшаго въ сферу права того, кто принялъ обѣщаніе [e]); юридически — промиттентъ обязанъ исполнить свое обѣщаніе. Что же касается до такихъ договоровъ, которые состоятъ въ немедленно совершающемся исполненіи (§ 71. въ концѣ), то при совершеніи ихъ объектъ переходитъ въ юридическую сферу получателя; слѣдовательно, если даватель захотѣлъ бы отнять у получателя переданное ему, на перекоръ смыслу и цѣли договора, то это было бы очевидное вторженіе въ чужую сферу права [f]). — Впрочемъ обязательная сила договоровъ падаетъ только на промиттента или давателя, а не на промиссара или получателя, если только этотъ послѣдній не принялъ на себя съ своей стороны какого-нибудь обязательства. Всякій, въ исключительную пользу котораго заключается договоръ, имѣетъ право отступиться отъ него одностороннимъ актомъ воли, такъ какъ по общему правилу каждый можетъ отказаться отъ своихъ правъ и выгодъ, если только не уклоняется тѣмъ самымъ отъ исполненія особенной юридической обязанности (§ 70. прим. c и d). Впрочемъ отъ договора можетъ иногда отсту-

---

e) Сюда относится общее юридическое положеніе въ L. 75. D. de regul. jur. «Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam». Этому не противорѣчитъ другое положеніе римскаго права, которое встрѣчается въ L. 4. D. de adimend. legat. (XXXIV. 4.) и въ L. 32. § 3. D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.): «ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum»; ибо оно относится лишь къ послѣдней волѣ, которую завѣщатель, конечно, можетъ измѣнять до своей смерти, такъ какъ никто не пріобрѣтаетъ права при жизни завѣщателя.

f) Ср. Кругъ ibid. § 54.

питься по особеннымъ причинамъ и тотъ, кто принялъ на себя обязательства; о чемъ подробнѣе будетъ сказано въ § 147.—Юридически-обязательную силу договоровъ не слѣдуетъ распространять ни на простые переговоры (трактаты въ смыслѣ частнаго права), ни на такъ называемыя полицитаціи (§ 72.); взаимное соглашеніе въ первыхъ не наступило, но только подготовляется, а въ послѣднихъ содержится лишь одностороннее объявленіе воли вслѣдствіе недостающаго принятія обѣщанія [g]). Однако уже изъ предложенія что-либо исполнить возникаетъ по естественному праву обязательство—не отступаться отъ него до истеченія времени, назначеннаго для его принятія, и вообще прежде, чѣмъ будетъ возможно другой сторонѣ высказаться относительно предложенія, хотя бы и не послѣдовало отъ нея никакого заявленія [h]); ибо нельзя предположить, что предложеніе не имѣетъ ни цѣли, ни значенія и дѣлается въ шутку. Положительныя законодательства идутъ еще далѣе въ этомъ отношеніи: не обращая вниманія на принятіе обѣщанія, они даютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ

g) Впрочемъ Гуго ibid. § 328. сомнѣвается въ необходимости принятія обѣщанія, какъ условія его дѣйствительности. Вотъ его слова по поводу этого: «справедливо вообще только то, что кто отвергъ обѣщаніе, тотъ не можетъ пріобрѣсти права на основаніи его; но не отвергнуть обѣщанія или принять его — все-таки еще двѣ разныя вещи. Положительное принятіе обѣщанія часто невозможно; въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оно даже возможно, слѣдовало бы еще спросить, нужно ли оно, ибо господствуетъ убѣжденіе, что обѣщаніе, сдѣланное другимъ, можетъ быть только выгоднымъ, но никакъ не убыточнымъ для насъ». — Но уже не говоря о томъ, что послѣднее не всегда вѣрно, замѣтимъ, что если обѣщаніе не отвергается, то изъ этого можно вывести только предположеніе, что чье-нибудь обѣщаніе желаютъ принять, но отнюдь не достовѣрное изъявленіе воли; предположеніе же, могущее быть ошибочнымъ, и не рѣдко опровергаемое опытомъ, не можетъ считаться само по себѣ, по естественному праву, достаточнымъ основаніемъ для принудительныхъ правъ и обязанностей.

h) Ср. Кругъ ibid. § 55. прим. 3. и Рёдеръ ibid. стр. 329. прим. *).

простымъ полицитаціямъ и обѣтамъ юридически-обязательную силу по политическимъ и религіознымъ соображеніямъ.

Публичныя обѣщанія, т. е. предложенія дѣлаемыя неизвѣстнымъ лицамъ подъ условіемъ исполненія или дѣйствія, занимаютъ нѣкоторымъ образомъ среднее мѣсто между полицитаціями и договорами. Они имѣютъ общую съ полицитаціями первоначальную односторонность обѣщанія. Однако они отличаются отъ нихъ не только тѣмъ, что предлагаются неизвѣстнымъ лицамъ, но и тѣмъ, что въ нихъ обѣщается что-нибудь лишь на случай исполненія ожидаемаго дѣйствія; они предлагаютъ заключеніе такого договора, который наступаетъ съ исполненіемъ дѣйствія и съ содержащимся въ немъ фактическимъ принятіемъ обѣщанія. Такъ какъ они имѣютъ цѣлью вызвать дѣйствіе, а дѣйствіе предпринимается лишь по отношенію къ сдѣланному обѣщанію, то они имѣютъ, точно также какъ и договоры, по своему значенію, цѣли и по прилагаемому къ нимъ принципу вѣрности, юридически-обязательную силу хотя и зависящую отъ случая, т. е. на случай дѣйствительнаго и надлежащаго исполненія дѣйствія. Они не могутъ быть взяты назадъ до истеченія срока, въ который дѣйствіе могло и должно было воспослѣдовать.

§ 118.

Что требуется отъ договоровъ.

Всѣ требованія дѣйствительности договора должны быть выполнены, чтобы договоръ имѣлъ юридически-обязательную силу. Эти требованія договоровъ бываютъ или общія, или особенныя, смотря потому относятся ли они ко всѣмъ договорамъ, или къ извѣстнымъ видамъ и случаямъ договоровъ. Особенныя требованія договоровъ имѣютъ мѣсто подлѣ

i) Ср L. 1. § 1.—5. L. 2. L. 3. pr. L. 4. 7. и 9. D. de pollicitat. (L. 12.). Нѣкоторые причисляютъ сюда и случай, встрѣчающійся въ L. 6. C. de dotis promiss. (V. 11.). Впрочемъ это, по крайней мѣрѣ, весьма сомнительно. Ср. Шиллингъ: Lehrb. für Institut. u. Gesch. d. Röm. Privatr. III. § 281. прим. m).

общихъ и составляютъ характеристическія свойства или своеобразные признаки отдѣльныхъ видовъ и случаевъ договоровъ, но по этому самому они не могутъ быть означены вообще. Мы ограничимся здѣсь поэтому лишь общими требованіями, которыми обусловливается дѣйствительность договоровъ. Они состоятъ въ слѣдующихъ трехъ пунктахъ, изъ которыхъ первый относится къ субъективному, два же остальные къ объективному моменту договоровъ: 1) въ обдуманномъ, свободномъ и понятно выраженномъ согласіи контрагентовъ; 2) въ физической и моральной (т. е. нравственной и юридической) возможности или допустимости содержанія и предмета договоровъ; 3) въ природѣ предмета договоровъ, способнаго подчиниться юридическому отношенію. Напротивъ, по естественному праву, извѣстная форма изъявленія воли или другая формальность не требуется сама по себѣ для юридической силы договора, т. е. въ томъ случаѣ, когда контрагенты не поставили договоръ въ зависимость отъ нея [a]). Однако положительныя законодательства предписываютъ извѣстныя внѣшнія формы для

§ 118. a) Гуго ibid. § 338. причисляетъ принятіе обѣщанія, (которое онъ не считаетъ существеннымъ условіемъ, ср. § 117. прим. g), къ внѣшней формѣ его, между тѣмъ какъ по понятію о договорѣ оно составляетъ составную часть его (§ 72.). — Рёдеръ ibid, стр. 331. говоритъ, что «единственная вообще существенная форма договора» — это выраженіе внутренняго опредѣленія воли каждаго контрагента, понятное по крайней мѣрѣ другой сторонѣ. Но кажется и это выраженіе неудачно выбрано. Ибо подъ формою изъявленія воли разумѣется прежде всего способъ выраженія ея, напр. выражается ли она словами или дѣйствіями, притомъ въ первомъ случаѣ письменно, или изустно. Форма договоровъ въ этомъ смыслѣ безразлична для естественнаго права; напротивъ безъ изъявленія воли обоихъ контрагентовъ договоръ совсѣмъ не мыслимъ, а удобопонятность изъявленія воли составляетъ одно изъ существенныхъ условій силы или юридической дѣйствительности договора.

заключенія договоровъ или нѣкоторыя дѣйствія, какъ условія ихъ дѣйствительности; это дѣлается изъ политическихъ соображеній и преимущественно съ цѣлью доставить договорамъ бо̀льшую опредѣленность и крѣпость, или чтобъ побудить контрагентовъ къ бо̀льшей осторожности. Гдѣ формальности не соблюдены, тамъ изъ договора или совсѣмъ не возникаютъ обязательства, или по крайней мѣрѣ возникаютъ неполныя, т. е. такія, которыя не могутъ быть предъявлены судебнымъ порядкомъ. — Впрочемъ договоры съ юридическою силою могутъ быть заключаемы отъ имени самихъ участниковъ, а также, вмѣсто нихъ, чрезъ довѣренныхъ лицъ при предположеніяхъ, означенныхъ въ § 54. Римское право представляетъ своеобразныя ограниченія, расходящіяся съ естественнымъ взглядомъ на право [c]).

Въ римскомъ правѣ между договорами (contractus), исковыми уже по древнѣйшему гражданскому праву, есть такіе, которыхъ исковое свойство заключается просто въ соглашеніи участниковъ; напротивъ иски по другимъ договорамъ основываются или на передачѣ вещи, за которою должно послѣдовать исполненіе обязательства, или на словесныхъ формулахъ, или на письменномъ документѣ, относящемся къ обязательству должника. Это высказывается въ Gaj. Inst. III. § 89. такимъ образомъ: «aut re contrahitur obligatio, aut verbis, aut literis, aut consensu,» и въ подобныхъ выраженіяхъ въ § 2. J. de obligat. (III. 13.

b) О значеніи и цѣнѣ символическихъ дѣйствій, свойственныхъ древнему римскому и германскому праву, см. Савиньи: System d. heut. Röm. Rechts III. стр. 238. и сл., а о юридическомъ значеніи формъ при договорахъ вообще, см. Рёдеръ ibid. стр. 339. и сл.

c) Ср. § 4. и 19. J. de inutil. stipulat. (III. 19. или 20.) L. 3. и 6. C. eod. (VIII. 39.) L. 11. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) L. 38. § 17. и L. 126. § 2. D. de verb. obligat. (XLV. 1.) L. 73. § 4. D. de regul. jur. (L. 17.) L. 1. C. per quas pers. nob. acquir. (IV. 27.) L. 6. C. si quis alteri vel sibi etc. (IV. 50.) L. 26. C. de jure dot. (V. 12.)

или 14.); поэтому то въ смыслѣ римскаго права различаются: contractus reales, verbales, litterales et consensuales. По естественному праву всѣ договоры, если ихъ сравнить съ упомянутымъ раздѣленіемъ римскаго права, суть consensuales. Это пониманіе договоровъ съ древнихъ временъ утвердилось въ Германіи и сохранилось и послѣ принятія римскаго права.—О причинахъ см. Савиньи: Obligationenrecht II. § 76. и 77. — Впрочемъ передача вещи, (на чемъ основываются иски по римскимъ реальнымъ договорамъ), необходима по естественному юридическому воззрѣнію для дѣйствительности договора въ такихъ случаяхъ, гдѣ это требуется по самому смыслу и цѣли извѣстнаго юридическаго отношенія, напр. при займѣ; впрочемъ и одно предшествующее неформальное обѣщаніе и его принятіе имѣютъ юридическую обязательную силу, (которая однако въ этомъ случаѣ не признается въ римскомъ правѣ); но тѣмъ не менѣе передача вещи должна привзойти къ заключенному договору, чтобъ произвести задуманное юридическое отношеніе и его послѣдствія.

§ 119.

Подробнѣйшее опредѣленіе общихъ и существенныхъ требованій для договоровъ и послѣдствія изъ того.

Что касается до существа соглашенія и именно обдуманнаго соглашенія контрагентовъ, этого перваго общаго и существеннаго требованія отъ договоровъ (§ 118.), то оно болѣе точно опредѣляется слѣдующимъ образомъ: 1) участники договоровъ должны быть вообще способными къ опредѣленіямъ воли во время заключенія договора, т. е. обладать разумомъ и свободною волею (§ 50.). Поэтому заключать договоровъ не могутъ: несовершеннолѣтнія дѣти [a]), сумасшедшіе и малоумные, исключая свѣтлыхъ промежутковъ; далѣе такія лица, которые временно лишаются обладанія разумомъ и волею, напр. находящіеся въ состояніи пьянства или лихорадочнаго бреда [b]). 2) Лица, заключающіе договоръ, должны имѣть это намѣреніе и выразить, что они заключаютъ между собою юридическое отношеніе касательно извѣстнаго дѣйствія, или что вслѣдствіе немедленнаго исполненія получателю уступается извѣстное право. Поэтому слова и дѣйствія, имѣющія только значеніе шутки или выраженія вѣжливости, не имѣютъ слѣдствіемъ заключеніе договора, равно какъ и все, что̀ предпринимается или дѣлается только для вида. Нельзя считать также договоръ серьозно заключеннымъ и дѣйствительнымъ, когда исполненія обѣщанія предоставляется единственно доброй волѣ промиттента. 3) Двусторонняя воля контрагентовъ должна совпадать во всѣхъ существенныхъ пунктахъ, касающихся до даннаго юридическаго отношенія. Если поэтому одинъ изъ контрагентовъ думаетъ не о томъ юридическомъ отношеніи или предметѣ, о какомъ думаетъ его товарищъ, и каждый объявляетъ свою волю касательно того, о чемъ онъ думаетъ, или между ними есть недоразумѣніе, договоръ не можетъ состояться, ибо нѣтъ необходимаго для него соглашенія воли (§ 71.) [c]). 4) Волю каждаго отдѣльнаго уча-

---

§ 119. a) Однако по римскому праву опекаемые, если только они вышли изъ возраста infantia, могутъ вступать безъ авторитета опекуна по крайней мѣрѣ въ такіе договоры, которые приносятъ имъ выгоду и не угрожаютъ вредомъ или опасностью. pr. J. de auctor. tutor. (I. 21.). § 9. и 10. J. de inutil. stipulat. (III. 19. или 20.) L. 28. pr. D. de pact. (II. 14.) L. 6. D. rem pupilli salv. for. (XLVI. 6.).

b) Сюда обыкновенно причисляется и гнѣвъ въ высшей степени; но при такомъ состояніи почти не можетъ быть и рѣчи о заключеніи договора. Положенія римскаго права, на которыя обыкновенно указываютъ въ такомъ случаѣ, именно L. 3. D. de divort. (XXIV. 2.) и L. 48. D. de regul. jur. (L. 17.), говорятъ только о недѣйствительности брачнаго развода въ состояніи раздраженія. См. Савиньи: Syst. d. heut. Röm. Rechts III. стр. 187.

c) Такіе случаи разсматриваются обыкновенно съ точки зрѣнія взаимнаго заблужденія и данный договоръ считается недѣйствительнымъ, между тѣмъ было бы вѣрнѣе считать такой договоръ несостоявшимся вслѣд-

стника должно принимать такъ, какъ она выражена. Но это невозможно, если тотъ или другой дѣйствительно находился въ заблужденіи при изъявленіи своей воли, которое воспрепятствовало ему опредѣлить свою волю по истинному существу вещи, вовсе неизвѣстному ему или ложно понятому, слѣдовательно объявить свою истинную волю, соотвѣтствующую существу вещи. Поэтому дѣйствительное заблужденіе исключаетъ существованіе воли. Заблужденіе при договорѣ должно считаться дѣйствительнымъ не только тогда, когда оно касается тождества лица другаго контрагента, (т. е. когда одинъ контрагентъ, смѣшивая разныя лица, думаетъ о другомъ контрагентѣ, а не о томъ, который является на дѣлѣ [d]), но и тогда, когда оно относится къ такимъ качествамъ или отношеніямъ въ лицѣ другаго контрагента или въ предметѣ договора, которыя или положительно предполагались при заключеніи договора, или же должны были предполагаться по природѣ его [e]). — Если же напротивъ тотъ или другой контрагентъ преднамѣренно выдаетъ за свою волю что-нибудь другое, чѣмъ то, чего онъ хочетъ, или же мысленно при объявленіи воли что-нибудь затаиваетъ, то это никоимъ образомъ не можетъ доставить ему выгоды; сознательно высказанная имъ воля должна считаться тождественною съ его

ствіе недостающаго соглашенія воли участниковъ. См. Савиньи ibid. III. стр. 263. и сл. и 444. и сл.

d) Что и въ римскомъ правѣ такое заблужденіе считается существеннымъ, — это явствуетъ изъ L. 32. D. de reb. cred. (XII. 1.). Впрочемъ см. L. 25. D. de donat. (XXXIX. 5.).

e) По римскому праву заблужденіе относительно качества вещи въ такомъ случаѣ существенно, (какъ это доказано Савиньи ibid. III. § 137. и 138.), «когда вслѣдствіе ошибочно предположеннаго свойства вещи, она должна быть причисляема, по понятіямъ, существующимъ въ дѣйствительномъ оборотѣ, къ другому роду вещей, чѣмъ тотъ, къ которому она принадлежитъ».

истинною волею, иначе юридическій оборотъ вообще не былъ бы возможенъ между людьми.

Кромѣ случаевъ, упомянутыхъ въ этомъ § подъ № 3) и 4), абсолютное заблужденіе того или другаго контрагента, т. е. такое, при которомъ нѣтъ обмана (§ 121.), не противорѣчитъ силѣ договора по естественному праву. При заблужденіи, въ которомъ виновато само лицо, это всего менѣе подлежитъ сомнѣнію: нѣтъ ничего разумнѣе и естественнѣе того правила, по которому каждый долженъ нести послѣдствія собственаго образа дѣйствія, если онъ могъ избѣжать ихъ при бо́льшемъ вниманіи. Касательно заблужденія, въ которомъ неповинно лицо, слѣдуетъ принять то же самое, хотя къ нему не приложимо то, что мы сейчасъ сказали; это преимущественно обусловливается тѣмъ, что заблужденіе вообще, вліяющее на дѣйствіе воли, принадлежитъ къ внутреннимъ побудительнымъ причинамъ, слѣдовательно лежитъ внѣ сферы того, относительно чего должно произойти соглашеніе контрагентовъ. Далѣе, если бы придать каждому заблужденію силу и считать ничтожнымъ вызванный имъ договоръ, то это значило бы сдѣлать юридическія отношенія между людьми въ высшей степени шаткими наперекоръ естественной и разумной цѣли договоровъ. Справедливость можетъ, конечно, требовать въ индивидуальныхъ случаяхъ, чтобы заблуждающагося предохранять отъ невыгодныхъ послѣдствій неповиннаго заблужденія; однако соображенія одной справедливости не могутъ измѣнить естественнаго права, и слѣдуетъ предоставить положительному праву цѣлесообразное приложеніе ея. Савиньи ibid III. 112. и сл. и 332. и сл. (особенно на стр. 342.) убѣдительно доказалъ, что и по римскому праву заблужденіе само по себѣ не имѣло вообще никакого вліянія на договоръ; только въ видѣ исключенія въ нѣкоторыхъ случаяхъ ему придавалась сила, да и въ этихъ случаяхъ заблужденіе теряло такую силу, если заблуждающійся былъ особенно виновенъ.

§ 120.

Договоръ имѣетъ силу лишь при свободномъ соглашеніи контрагентовъ (§ 118.); изъ этого слѣдуетъ, что неза-

конное противодѣйствіе свободному опредѣленію воли уничтожаетъ значеніе или юридически-обязательную силу того договора, при которомъ произошло это противудѣйствіе. Сюда относятся, именно, противузаконное принужденіе и обманъ.—Подъ принужденіемъ, въ смыслѣ причины дѣйствія воли, слѣдуетъ разумѣть не столько физическое или механическое, сколько психическое насиліе. Первое состоитъ въ тѣлесныхъ воздѣйствіяхъ на тѣло, при чемъ лицо является простымъ орудіемъ чужой дѣятельности [a]); второе воздѣйствуетъ на душу или волю человѣка. Такова напр. угроза съ цѣлью побудить силою страха къ опредѣленію воли, слѣдовательно при договорахъ — къ исполненію или къ обѣщанію [b]). Впрочемъ психическое принужденіе не уничтожаетъ совершенно свободы опредѣленія воли [c]). Лицо, принуждаемое такимъ образомъ, съ цѣлью заключенія договора, можетъ выбрать одно изъ двухъ золъ, именно то, которымъ ему угрожаютъ, и то, которое содержится въ заключеніи требуемаго договора [d]). Однако такъ какъ принужденіе противу-

§ 120. a) При принужденіи такого рода, напр. если кто-нибудь насильно водилъ рукою другаго при подписаніи документа, не можетъ быть и рѣчи объ изъявленіи воли принужденнаго, ибо послѣдній здѣсь не дѣйствовалъ самъ, а находился въ страдательномъ положеніи. Ср. Савиньи ibid. III. стр. 100. и сл. и стр. 261. прим. (g).

b) Если кому-нибудь дѣйствительно наносится ущербъ съ цѣлью побудить его къ изъявленію воли, то въ этомъ проявляется психическое принужденіе, такъ какъ существуетъ опасность, что такое дѣйствіе, продолжится или повторится (напр. кто-нибудь сажаетъ другаго въ тюрьму и говоритъ ему, что онъ будетъ освобожденъ не прежде, чѣмъ сдѣлаетъ или обѣщаетъ то или другое).

c) Это положительно признается и въ римскомъ правѣ: L. 21. § 5. D. quod metus causa gest. er. (IV. 2.). «. . . . quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui . . . .» L. 22. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.). Ср. Савиньи ibid. III. стр. 102. и сл. прим. (c) и (d).

d) Ср. Гросъ ibid. и Савиньи ibid. III. стр. 102. Послѣдній упоми-

но праву, то возникшій вслѣдствіе его договоръ не можетъ имѣть обязательной силы для принужденнаго. Если бы лицо было обязано совершить что-нибудь въ настоящемъ или въ будущемъ въ силу противузаконнаго дѣйствія, то это было бы несовмѣстно съ идеей справедливости и содержало бы въ себѣ внутреннее противорѣчіе [e]). Противузаконно же принужденіе всякій разъ, когда оно служитъ не для защиты или осуществленія права, согласно съ юридическимъ порядкомъ, и слѣдовательно противорѣчитъ первообразному праву человѣка на свободную дѣятельность во внѣшнихъ жизненныхъ отношеніяхъ (§ 83.) [f]). Если же напротивъ принужденіе правомѣрно, т. е. употребляется правительствомъ для защиты права, то и исполненіе или обѣщаніе исполненій, возникшее вслѣдствіе принужденія, имѣетъ силу, ибо лицо, угрожавшее чужому праву или нарушившее его, должно нести юридически-необходимыя послѣдствія своего противузаконнаго дѣйствія, слѣдовательно признать и результатъ вызваннаго имъ самимъ принужденія, если только оно не пере-

наетъ третье возможное рѣшеніе, къ которому бы могъ прибѣгнуть принужденный, именно «защиту противъ угрожаемаго зла сопротивленіемъ»; впрочемъ эта возможность не можетъ быть принята, по крайней мѣрѣ, во всѣхъ случаяхъ.

e) Отсюда въ то же время вытекаетъ, что для недѣйствительности договора не имѣетъ значенія, исходитъ ли принужденіе отъ получателя, или отъ третьяго лица. Впрочемъ Гросъ ibid. думаетъ, что въ послѣднемъ случаѣ договоръ между контрагентами вполнѣ дѣйствителенъ, если только промиссаръ не воспользовался сознательно тѣмъ состояніемъ, въ которое промиттентъ поставленъ третьимъ лицомъ.

f) Римское право разсматриваетъ принужденіе къ изъявленію воли болѣе съ точки зрѣнія безнравственности, чѣмъ противузаконія, L. 3. § 1. D. quod metus c. «Sed vim accipimus atrocem, et eam, quae adversus bonos mores fiat . . . .» L. 116. pr. D. de regul. jur. (L. 17.). «Nihil consensui tam contrarium est . . . ., quam vis atque metus, quem comprobare, contra bonos mores est». Того же мнѣнія и Савиньи ibid. III. 104.

ступаетъ за извѣстный предѣлъ (§ 62.). — Римское право отклоняется отъ естественнаго права касательно послѣдствій принужденія при договорахъ въ томъ отношеніи, что договоръ, возникшій посредствомъ недозволеннаго принужденія, вообще не считается абсолютно ничтожнымъ передъ судомъ, но самъ по себѣ имѣетъ силу [g]); однако принужденный можетъ оспоривать и уничтожить его опредѣленными юридическими средствами [h]). — Впрочемъ настойчивыя просьбы, представленія и убѣжденія отнюдь не слѣдуетъ считать тождественными съ принужденіемъ.

§ 121.

Обманъ при договорахъ является тогда, когда кто-нибудь преднамѣренно вызываетъ въ другомъ заблужденіе или же преднамѣренно пользуется заблужденіемъ во вредъ заблуждающагося лица. Является ли онъ въ первой формѣ или во второй, это все равно: обманъ во всякомъ случаѣ не только безнравственное, но и противное праву дѣйствіе [a]), ибо онъ противорѣчитъ первообразному праву человѣка на правдивость и честность въ дѣловыхъ сношеніяхъ (§ 86.) и имѣетъ въ виду нанесть ущербъ другому безъ юридическаго основанія. Поэтому договоръ, заключенный подъ вліяніемъ обмана, не имѣетъ юридически-обязательной силы для обманутаго; ибо по принципу обязательство можетъ возникнуть изъ противузаконнаго дѣйствія лишь для того, кто совершилъ его, а не для того, противъ котораго оно было направлено. Обманувшій долженъ, скорѣе, вознаградить обманутаго за всѣ убытки, причиненные договоромъ [b]). Впрочемъ римское право точно также отклоняется отъ естественнаго права относительно послѣдствій обмана, какъ и при противузаконномъ принужденіи (§ 120.), и притомъ въ слѣдующемъ: договоръ, возникшій вслѣдствіе обмана, вообще не считается прямо ничтожнымъ и недѣйствительнымъ, а признается существующимъ [c]), только обманутому даются юридическія средства — уничтожить силу договора и не понести убытковъ [d]). — Впрочемъ случающаяся иногда въ обыденной жизни попытка получить денежный барышъ, не соотвѣтствующій достоинству

---

g) § 1. J. de except. (IV. 13.) L. 5. C. de inutil. stipulat. (VIII. 39.) L. 21. § 4. D. quod metus c. — Исключенія изъ этого правила встрѣчаются въ L. 21. § 3. и L. 22. D. eod.

h) L. 1. L. 9. § 3. L. 10. pr. L. 14. § 3. и 5. и L. 21. § 1. D. eod. L. 3—5. и L. 7. C. de his, quae vi metusve c. (II. 20.). — L. 4. § 33. D. de doli mal. et metus except. (XLIV. 5.). — L. 7. D. de condict. ob turp. caus. (XII. 5.).

§ 121. a) Савиньи ibid. III. 115. приписываетъ обману лишь первое качество. Впрочемъ уже по римскому праву признается естественная противузаконность выгоды, полученной вслѣдствіе обмана. L. 1. § 1. D. de doli mal. except. (XLIV. 4.) «. . . . ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit».

b) Если обманъ исходитъ отъ третьяго лица, то послѣднее обязано къ вознагражденію обманутаго за убытки; впрочемъ договоръ въ такомъ случаѣ столь же мало обязателенъ для послѣдняго, какъ если бы обманувшимъ былъ другой контрагентъ. Если не принимать этого положенія, то выйдетъ, что для обманутаго возникаетъ обязательство изъ направленнаго противъ него пративузаконнаго дѣйствія, а это противорѣчитъ идеѣ справедливости. Другаго мнѣнія держится Гросъ ibid. § 195. прим.

c) § 1. J. de except. (IV. 13.). и L. 5. C. de inutil. stipulat. (VIII. 39.). Впрочемъ исключенія изъ этого правила мы находимъ въ L. 3. § 3. D. pro soc. (XVII. 2.) и L. 16. § 1. D. de minor. (IV. 4.), далѣе въ L. 34. § 3. и L. 57. § 3. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.).

d) L. 1. § 1. L. 7. § 3. L. 9. pr. L. 18. pr. и L. 37. D. de dolo mal. (IV. 3.). L. 1. § 1. и L. 2. pr. D. doli mal. except. L. 11. § 5. D. de action. emt. (XIX. 1.) L. 5. 8. и 10. C. de rescind. vendit. (IV. 44.). — L. 18. § 3. D. de dolo mal. L. 45. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) L. 13. § 4. и L. 32. D. de action. emt. L. 12. § 1. D. de jure dot. (XXIII. 3.).

вещи, не заключаетъ въ себѣ обмана [e]), равно какъ и простое восхваленіе или рекомендація отчуждаемой вещи.

§ 122.

Требованіе, состоящее въ томъ, что соглашеніе контрагентовъ должно быть выражено понятнымъ образомъ (§ 118.), влечетъ за собою недѣйствительность договора въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: 1) когда изъявленіе воли контрагентовъ такъ темно и неясно, что разумнаго и понятнаго смысла въ немъ нельзя отыскать. 2) Когда изъявленіе воли касательно предмета или содержаніе договора такъ неопредѣленно и обще, что не даетъ вѣрной мѣрки для опредѣленія и обсужденія обязанности промиттента и права промиссара. — Изъявленіе воли контрагентовъ, по своей формѣ, бываетъ или положительное, или молчаливое, которое еще лучше можно назвать фактическимъ. Первое выражается словами, какъ изустно, такъ и письменно, также знаками и жестами, замѣняющими слова. Послѣднее совершается посредствомъ дѣйствій, въ которыхъ или осуществляется то, что одинъ контрагентъ хочетъ сдѣлать другому, или изъ которыхъ по крайней мѣрѣ, по ихъ природѣ и особеннымъ обстоятельствамъ ихъ совершенія, можно съ достовѣрностью заключить объ извѣстномъ изъявленіи воли [a]).

e) Римскіе юристы высказываютъ это слишкомъ рѣзко и дѣлаютъ возможнымъ ложное толкованіе: «. . . . in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire». L. 16. §. 4. D. de minor. (IV. 4.). — «Quemadmodum in emendo et vendendo natnraliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est». L. 22. § 3. D. locat. (XIX. 2.).

§ 122. a) Обыкновенно принимаютъ, что безмолвное соглашеніе можетъ быть выражено и словами, именно когда они заключаютъ въ себѣ волю говорящаго относительно извѣстнаго юридическаго отношенія, хотя и не выражаютъ ея положительно, ср. напр. Гёпфнеръ: Institutionen-Commentar § 735. Глюкъ: Erläuter. d. Pand. ч. IV. стр. 88. Впрочемъ это, повидимому, болѣе относится къ истолкованію юридическихъ сдѣлокъ, чѣмъ подходитъ подъ понятіе безмолвнаго изъявленія воли.

Таковыя дѣйствія обыкновенно называются говорящими; для нихъ употребляется также въ нѣмецкомъ языкѣ выраженіе schlüssige Handlungen, въ новомъ латинскомъ — facta concludentia. Сюда относятся такія дѣйствія, которыя бы не имѣли ни значенія, ни цѣли и были бы даже противны праву, еслибы въ нихъ не заявлялась опредѣленнымъ образомъ воля дѣйствующаго [b]). Но если дѣйствію придается эта сила, то конечно предполагается, что оно не вынуждается или не основывается на такомъ заблужденіи, которое исключаетъ истинную волю: предполагается, далѣе, что дѣйствующій не имѣетъ намѣренія возражать посредствомъ положительнаго объявленія (протеста или резерваціи) противъ толкованія его дѣйствія въ смыслѣ извѣстнаго изъявленія воли [c]). Молчаніе само по себѣ не представляетъ ни согласія, ни несогласія [d]); оно имѣетъ значеніе согласія только

b) Такого рода примѣры встрѣчаются въ L. 2. § 1. и L. 57 pr. D. de pact. (II. 14.) L. 1. § 4. D. quod jussu. (XV. 4.) L. 26. § 1. in f. D. de pignor. (XX. 1.). L. 8. § 15. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6) L. 7. C. de remiss. pign. (VIII. 26.). — Что изъявленіе воли дѣйствующаго лица принимается и по естественному праву не только относительно дѣйствій, противныхъ праву, но и такихъ, которыя не имѣютъ ни цѣли, ни значенія, — это основывается на томъ, что относительно каждаго человѣка слѣдуетъ принять, что его дѣйствія имѣютъ цѣль и значеніе, пока не будетъ доказано противное. Гросъ ibid. § 188. прим. 1. держится другаго мнѣнія на томъ основаніи, что при этомъ «не исключается возможность противуположнаго явленія».

c) Ср. Савиньи ibid. III. 246.

d) Это выражается въ L. 142. D. de regul. jur. (L. 17.) слѣдующимъ образомъ: «Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare».

въ слѣдующемъ случаѣ: когда въ самой природѣ обстоятельствъ и отношеній заключается настойчивая и существенная необходимость для лица—прекратить молчаніе, чтобъ оно не было принято за согласіе, и между тѣмъ лицо не высказывается [e]).

Отъ безмолвиаго или фактическаго изъявленія воли
должно отличать предполагаемое или вѣроятное со-
гласіе, т. е. такое, которое принимается на основаніи од-
ной вѣроятности безъ всякаго положительнаго или фак-
тическаго изъявленія. Изъ предполагаемаго соглашенія по
естественному праву нельзя вообще вывести никакой обя-
занности, слѣдовательно никакого права для другаго лица,
ибо при этомъ возможна ошибка. Но такъ какъ, не смотря
на различіе склонностей и стремленій человѣка, можно
предположить на основаніи человѣческой природы во вся-
комъ лицѣ, способномъ къ опредѣленію воли, желаніе,
избѣгнуть вреда и убытковъ во внѣшнихъ жизненныхъ от-
ношеніяхъ, то поэтому, конечно, можно принять и въ
естественномъ правѣ, что всякій согласенъ на чужія дѣй-
ствія, имѣющія цѣлью предостеречь его отъ вреда или
убытковъ. (Относительно приложенія этого начала см. § 140.
№ 4.). Но можетъ ли и въ другихъ случаяхъ предпола-
гаемая воля имѣть силу, притомъ въ какой мѣрѣ,—это пре-
доставляется опредѣленію положительнаго права. — Каса-
тельно относящихся сюда опредѣленій римскаго права см.
Савиньи ibid. III. § 133. — Напротивъ того о вымыш-
ленномъ только соглашеніи не можетъ быть и рѣчи въ
естественномъ правѣ, хотя оно иногда и допускается въ
положительномъ, (L. 2. § 2. D. solut. matrim. (XXIV. 3.)
L. 16. D. de bon. possess. (XXXVII. 1.).

§ 123.

Что касается до втораго общаго и существеннаго требованія договоровъ, именно физической и нравственной

e) Лишь при этихъ предположеніяхъ можно считать справедливымъ положеніе, высказанное въ c. 43. de R. J. in VI: «Qui tacet, consentire videtur». — Случаи, въ которыхъ римское право считаетъ простое молчаніе согласіемъ, сопоставлены у Савиньи ibid. III. § 132.

возможности или допустимости ихъ содержанія и предмета (§ 118.), то оно точнѣе выражается въ слѣдующемъ: 1) дѣйствіе, исполнить которое кто-нибудь обязывается въ силу договора, должно быть возможнымъ по естественнымъ законамъ. Ибо нельзя принять разумнымъ образомъ невозможной обязанности. Поэтому договоръ, касающійся невозможнаго дѣйствія, самъ по себѣ не имѣетъ юридически обязательной силы [a]); впрочемъ если промиттентъ одинъ зналъ или могъ и долженъ былъ знать о невозможности дѣйствія [b]), и тѣмъ не менѣе обѣщалъ совершить его, то онъ обязанъ удовлетворить промиссара въ наказаніе за свою недобросовѣстность и вину. 2) Дѣйствіе, къ исполненію котораго лицо обязывается въ силу договора, не должно быть безнравственнымъ и позорнымъ. Безнравственное дѣйствіе не можетъ сдѣлаться юридическою обязанностью потому, что нельзя признать разумнымъ образомъ обязанности исполнить что-нибудь противное высшей и конечной причинѣ всѣхъ обязанностей (§ 21. и 53.). Безнравственное и позорное должны поэтому считаться за нѣчто нравственно невозможное [c]), и договоръ относительно такого дѣйствія недѣйствителенъ. 3) Дѣйствіе, вытекающее изъ договора, не должно противорѣчить абсолютному закону, ибо онъ ни въ ка-

§ 123. a) Это выражается въ изреченіи: Ad impossibilia nemo obligatur, или же (см. L. 185. D. de regul. jur. (L. 17.)): «Impossibilium nulla obligatio est». Ср. также L. 31. D. eod.

b) Это относится не только къ относительно невозможному дѣйствію, но и къ абсолютно невозможному, напр. если вещь уже не существуетъ, а объ этомъ только одинъ промиттентъ зналъ, или могъ и долженъ былъ знать.

c) Это обыкновенно выражается такъ: Pactum turpe est ipso jure nullum. Впрочемъ въ римскомъ правѣ есть и другія выраженія. напр. «. . . . turpes stipulationes nullius esse momenti», L. 26. D. de verb. oblig. (XLV. 1.), или «Quod turpi ex causa promissum est, ... non valet». § 24. J. de inutil. stipulat (III. 19. или 20.).

комъ случаѣ не можетъ быть измѣненъ личнымъ произволомъ (§ 32.); поэтому договоры о противузаконныхъ дѣйствіяхъ точно также ничтожны и недѣйствительны, какъ и договоры о безнравственныхъ дѣйствіяхъ [d])

§ 124.

Къ юридической возможности содержанія и предмета договоровъ принадлежитъ и то обстоятельство, что право или благо, относительно котораго заключается договоръ, должны быть способны къ назначенію, которое имъ дается, и притомъ, какъ вообще, такъ и по индивидуальнымъ отношеніямъ интерессантовъ и по природѣ договора. Отсюда вытекаетъ слѣдующее: 1) нельзя заключить договора относительно такихъ правъ, которыя вообще не подлежатъ отчужденію, (сюда относятся преимущественно первообразныя права человѣка, § 44. № 2.), напр. договора о вступленіи въ рабство или крѣпостное состояніе (§ 82.). 2) Нельзя заключить относительно собственной вещи такого договора, съ которымъ связано пріобрѣтеніе или другое юридическое отношеніе, относящееся къ чужой вещи. 3) Нельзя распорядиться посредствомъ договора правомъ или благомъ въ пользу другаго на такое время, когда собственникъ уже не будетъ обладать имъ; такъ по естественному праву наслѣдственные договоры недѣйствительны (§ 75.). 4) Нельзя заключить договора касательно чужихъ вещей или правъ безъ согласія ихъ собственника или обладателя, по крайней мѣрѣ съ такими юридическими послѣдствіями, что у собственника отнимается или ограничивается, а у получателя или промиссара возникаетъ право, или притязаніе, или, на оборотъ, обязанность воздаянія; развѣ только кто-нибудь уполномоченъ на совершеніе договора на особенномъ основаніи. Точно также, если относительно извѣстнаго права или добра уже заключенъ вполнѣ дѣйствительный договоръ, то нельзя заключить новаго договора, несовмѣстнаго съ первымъ, безъ дозволенія прежняго контрагента; напр. нельзя продавать другому уже проданную вещь или отдавать въ наймы нанятую вещь до истеченія срока найма; позднѣйшій договоръ по крайней мѣрѣ въ томъ отношеніи недѣйствителенъ, что получатель или промиссаръ не можетъ ни пріобрѣсти предмета, ни предъявить требованія на него, и съ своей стороны не можетъ считаться обязаннымъ къ соотвѣтствующему исполненію чего-либо. Однако во всѣхъ этихъ случаяхъ, упомянутыхъ въ № 4), тотъ изъ контрагентовъ, который намѣренно или по небрежности скрылъ отъ другаго дѣйствительное положеніе вещей, обязанъ вознаградить пострадавшаго, въ наказаніе за свою вину. — Впрочемъ представленныя въ № 4) положенія въ положительномъ правѣ нѣсколько измѣняются, преимущественно въ видахъ облегченія сдѣлокъ. Такъ напр. вещь, отданная внаймы или на аренду, можетъ быть продана до истеченія срока найма или аренды, и покупщикъ не связанъ контрактомъ найма или аренды, заключеннаго продавцомъ, если при покупкѣ онъ не обязался оставить контрактъ въ прежней силѣ [a]). Далѣе договоры, касающіеся чужихъ вещей и заключенные безъ согласія собственниковъ,

---

d) Эти два рода договоровъ сопоставляются иногда относительно своей недѣйствительности въ римскомъ правѣ, напр. Paul. Sent. I. 1. § 4. «Neque contra leges, neque contra bonos mores pacisci possumus». L. 6. C. de pact. (II. 3.). «Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est».

§ 124. a) L. 9. C. de locat. (IV. 65.). Сюда относится юридическая поговорка: Kauf bricht Miethe. Кантъ ibid. стр. 129. и сл. и 168. считаетъ это за положеніе, доказанное уже въ естественномъ правѣ. См. противъ этого Гросъ ibid. § 215. прим. 1.

обыкновенно ведутъ къ обязательственнымъ отношеніямъ контрагентовъ и эти отношенія бываютъ различны [b]).

§ 125.

Наконецъ изъ третьяго общаго и существеннаго условія договоровъ, именно изъ сущности ихъ содержанія и природы предмета (§ 118.), вытекаютъ слѣдующія отдѣльныя положенія: 1) дѣйствіе, къ которому лицо обязывается посредствомъ договора, должно быть внѣшнимъ дѣйствіемъ; ибо внутреннія дѣйствія и помышленія, какъ таковыя, находятся внѣ сферы юридическихъ обязанностей и юридическаго принужденія (§ 5. и 10.) [a]). 2) Это дѣйствіе должно имѣть интересъ въ смыслѣ права для промиссара или для того лица, во имя котораго онъ дѣйствуетъ, т. е. должно доставить ему имущественную выгоду, или же удовлетворить извѣстной потребности, соотвѣтствующей его жизненнымъ цѣлямъ или личности [b]). Гдѣ же этого нѣтъ или не можетъ быть по природѣ извѣстнаго дѣйствія, (напр. когда кто-нибудь обѣщаетъ дѣйствіе безполезное и не имѣющее цѣли, или же такое, которое имѣетъ интересъ лишь для промиттента), тамъ и договоръ не имѣетъ юридически-обязательной силы, ибо

---

b) L. 28. и L. 34. § 3. in f. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.) L. 46. D. de act. emt. (XIX. 1.) L. 3. 6. и 27. C. de evict. (VIII. 45.) L. 9. § 4. L. 16. § 1. и L. 22. § 2. D. de pignorat. act. (XIII. 7.) L. 1. pr. и L. 16. § 7. D. de pignor. (XX. 1.) L. 15. и 16. D. commod. (XIII. 6.) L. 1. § 39. D. depos. (XVI. 3.).

§ 125. a) Ср. Аренсъ ibid. стр. 547. и Рёдеръ ibid. стр. 333. — Другаго мнѣнія держится Эберти, см. касательно этого § 71. прим. c).

b) Поэтому договоръ можетъ удовлетворить юридической цѣли, и для этого нѣтъ надобности, чтобы содержаніемъ его было непремѣнно такое отношеніе, «которое составляетъ необходимую составную часть общежитія, слѣдовательно и юридическаго порядка», какъ утверждаетъ Шталь ibid. II. 415.

содержаніе его не пригодно для юридическаго отношенія [c]). 3) Чтобы можно было приложить принужденіе къ исполненію чьего-либо права, это исполненіе должно имѣть вещную или денежную цѣну, т. е. необходимо, чтобы цѣнность его могла быть опредѣлена по извѣстной единицѣ, по которой оцѣниваютъ всѣ внѣшнія блага; иначе, въ случаѣ неисполненія, не было бы мѣрила для вознагражденія промиссара (§ 136.). Впрочемъ и при такомъ дѣйствіи, которое вообще не имѣетъ оборотной цѣнности, можетъ быть назначена цѣна, напр. въ художественномъ обязательствѣ контрагенты могутъ прямо уговориться о цѣнѣ обѣщаннаго дѣйствія, и эта цѣна должна быть уплачена дебиторомъ въ случаѣ неустойки (§ 132.).

§ 126.

Естественныя условія договоровъ.

Въ существенныхъ условіяхъ договоровъ ничто не можетъ быть измѣнено даже по волѣ контрагентовъ, ибо отъ ихъ существованія зависитъ самая дѣйствительность договора. Отъ нихъ должно отличать естественныя условія договоровъ, т. е. такія свойства и послѣдствія, которыя хотя разумѣются сами собою уже по природѣ договора и поэтому наступаютъ и безъ положительнаго соглашенія, однако могутъ быть измѣнены по произволу контрагентовъ. По своему объему они бываютъ или общія, или особенныя, смотря потому, являются ли они вообще въ договорахъ, или въ извѣстныхъ видахъ договоровъ, или же только въ извѣстныхъ случаяхъ. Къ естественнымъ условіямъ перваго рода принадлежитъ наприм. то, что каждый контрагентъ,

---

c) Примѣры таковыхъ договоровъ встрѣчаются въ L. 61. D. de pact. (II. 14.) и L. 15. pr. D. de servitut. (VIII. 1.).

долженъ совершить обязательное дѣйствіе съ вниманіемъ и тщательностью, какъ того требуетъ сущность этого дѣйствія; что въ противномъ случаѣ контрагентъ долженъ вознаградить другую сторону за нанесенный убытокъ [a]), не отвѣчая впрочемъ за случайный вредъ [b]). Далѣе сюда принадлежатъ общія всѣмъ обязательствамъ условія о мѣстѣ и времени совершенія обѣщанныхъ дѣйствій (§ 142. и 143.), также опредѣленіе того, въ какомъ юридическомъ отношеніи находятся нѣсколько конкуррентовъ въ одномъ и томъ же обязательствѣ (§ 141.). — Естественныя условія послѣдняго рода основываются на особенной природѣ и особенной цѣли отдѣльныхъ договоровъ и поэтому не могутъ быть означены вообще.

§ 127.

Случайныя условія договоровъ. А) Вообще.

Отъ естественныхъ условій договора должно отличать случайныя, т. е. такія, которыя не разумѣются сами собою, но предполагаютъ особенное опредѣленіе воли контрагентовъ, установленное на данный случай. Они могутъ относиться или къ видоизмѣненію договоровъ, или къ обезпеченію ихъ, и бываютъ весьма различны по произволу контрагентовъ. Къ первому классу случайныхъ условій принадлежатъ условія въ тѣсномъ смыслѣ, сроки и вообще всѣ тѣ соглашенія, которыя имѣютъ въ виду измѣнить

---

§ 126. a) Болѣе подробныя опредѣленія этого правила, сообразующіяся съ различными видами договоровъ, встрѣчаются въ L. 5. § 2. D. commodat. (XIII. 6.) L. 108. § 12. D. de legat. I. (XXX.) и L. 23. D. de regul. jur. (L. 17.).

b) Кантъ ibid. стр. 142. и сл. считаетъ договоръ ссуды (commodatum) исключеніемъ изъ этого правила, на основаніи естественнаго права или внутренняго свойства вещи.

естественное условіе договора, или же вносятъ въ него какую нибудь модификацію. Къ придаточнымъ условіямъ, имѣющимъ цѣлью обезпеченіе договора, должно отнести: присягу и неустойку. — Впрочемъ отъ средствъ обезпеченія договора слѣдуетъ отличать то, что совершается для обезпеченія доказательствъ, напр. призваніе свидѣтелей, принятіе документа, задатка [a]).

§ 128.

В) Въ особенности: 1) Объ условіяхъ въ тѣсномъ смыслѣ.

Слово «условіе» вообще обозначаетъ всякое предположеніе, безъ котораго не мыслимо и не можетъ осуществиться что-нибудь, поставленное отъ него въ зависимость. Но кромѣ того условіе имѣетъ еще два особенныя значенія, принятыя въ юридической наукѣ: одно—обширное, другое—тѣсное. Въ обширномъ смыслѣ условіе тождественно съ соглашеніемъ и опредѣленіемъ, слѣдовательно означаетъ не только побочное опредѣленіе, но и такое, которое относится къ существенной части договора [a]). Въ тѣсномъ, относящемся сюда смыслѣ слова, условіе означаетъ или побочное опредѣленіе при договорѣ [b]), вслѣдствіе чего сила договора становится въ зависимость отъ неизвѣстнаго (положительнаго или отрицательнаго) событія, или же самое неизвѣстное

---

§ 127. a) Это условіе задатка (arra) положительно признано и въ римскомъ правѣ, напр. pr. J. de emt. et vend. (III. 23. или 24.) L. 35. pr. D. de contrah. emt. (XVIII. 1.).

§ 128. a) Ср. Мейерфельдъ: Lehre von den Schenkungen (T. I. стр. 389.).

b) Въ положительномъ правѣ условія допускаются и при послѣдней волѣ (чего не допускаетъ естественное право, § 75); а потому опредѣленіе условій здѣсь обширнѣе, такъ что подъ него подходитъ понятіе не одного договора, а вообще юридической сдѣлки.

событіе, отъ наступленія или ненаступленія котораго зависитъ дѣйствительность договора. По содержанію и по формѣ условіе бываетъ или *положительное*, или *отрицательное*, смотря потому, поставляется ли дѣйствительность договора въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія какого-нибудь обстоятельства. По своему вліянію на договоръ условія бываютъ или *отсрочивающія* (такъ называемыя *суспенсивныя*), или *разрѣшающія* (такъ называемыя *резолютивныя*), смотря потому, поставляется ли въ зависимость отъ даннаго событія начало или окончаніе договора. — *Отсрочивающее* условіе имѣетъ слѣдующія послѣдствія: пока еще неизвѣстно, наступитъ ли оно, или нѣтъ—вопросъ о дѣйствительности договора, поставленнаго въ зависимость отъ него, остается нерѣшеннымъ. Между тѣмъ и въ это время между договаривающими сторонами существуетъ обязательная связь, состоящая въ томъ, что промиттентъ или даватель не можетъ отступиться отъ договора одностороннимъ актомъ воли или чѣмъ-либо помѣшать исполненію условія; иначе онъ обязанъ удовлетворить интересу промиссара или получателя [c]). Если же отсрочивающее условіе наступаетъ, то договоръ получаетъ полную силу. Эта сила считается по естественному праву съ момента наступленія условія, тогда какъ по римскому праву она обыкновенно относится къ моменту заключенія договора, т. е. предполагается, что условіе уже тогда наступило [d]). Если

c) Въ случаяхъ ненаступленія суспенсивнаго условія по винѣ условно обязавшагося контрагента, римское право принимаетъ посредствомъ фикціи, что условіе наступило. L. 161. D. de regul. jur. (L. 17.). «In jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset . . .» Ср. Савиньи ibid. III. 140. и сл.

d) L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. (XVIII 6.). L. 78. pr. D de verb. oblig. (XLV. 1.). L. 16. D. de solut. (XLVI. 3). L.

же условіе вовсе не наступаетъ, то и договоръ не получаетъ силы: договоръ признается какъ бы не бывшимъ; исключеніе составляетъ уже упомянутый случай, когда въ ненаступленіи условія виновенъ промиттентъ или даватель. — Что касается до *разрѣшающаго* условія, то оно по правилу не противорѣчитъ силѣ договора, къ которому относится; однако пока можно предполагать, что это условіе наступитъ, остается неизвѣстнымъ, какъ долго продолжится сила договора. Съ наступленіемъ этого условія договоръ прекращается, но безъ обратной силы, на основаніи естестественнаго права; (по римскому же праву и резолютивное условіе имѣетъ возвратное дѣйствіе, которое переносится къ самому моменту заключенія договора [e])). Напротивъ, когда исчезаетъ такое условіе, договоръ пріобрѣтаетъ ненарушимую силу.

§ 129.

Такъ какъ существо условія въ собственномъ смыслѣ состоитъ въ томъ, что наступленіе даннаго факта еще *неизвѣстно* (§ 128.), то *невозможныя* условія, т. е. такія, которыя заключаются въ невозможномъ фактѣ, не могутъ считаться истинными условіями и къ нимъ не прилагаются выше указанныя правила. При невозможномъ условіи нужно принять одно изъ двухъ: такое условіе или уничтожаетъ договоръ, къ которому относится, или же оно само дѣлается недѣйствительнымъ, и, слѣдовательно, договоръ можно считать какъ бы безусловнымъ. — Первое бываетъ тогда, когда совершеніе невозмож-

11. § 1. D. qui potior. in pign. (XX. 4.). См. однако L. 9. § 1. и L. 11. pr. D. eod. — Ср. и Савиньи ibid. III. 150. и сл.

e) L. 4. § 3. L. 6. pr и L. 16. D. de in diem addict. (XVIII. 2.). L. 4. pr. и § 1. D. de lege commiss. (XVIII. 3.). L. 31. D. de pignor. (XX. 1.). L. 3. D. quib. mod. pign. solv. (XX. 6.). L. 19. D. de usurpat. (XLI. 3.). Ср. и Савиньи ibid. III. стр. 154.

наго событія постановляется суспенсивнымъ, несовершеніе же резолютивнымъ условіемъ; ибо въ этомъ случаѣ ненаступленіе суспенсивнаго условія и наступленіе резолютивнаго явствуютъ при самомъ вступленіи въ договоръ. Послѣднее же имѣетъ мѣсто тогда, когда несовершеніе невозможнаго факта постановляется суспенсивнымъ, совершеніе же таковаго — резолютивнымъ условіемъ, ибо въ обоихъ случаяхъ явствуетъ, что суспенсивное условіе наступило, резолютивное же не наступитъ [a]).—Отъ невозможнаго условія должно отличать такое, которое относится къ противузаконному или безнравственному дѣйствію. Что касается до послѣдняго, то должно различать, имѣетъ ли оно цѣлью содѣйствіе чему-либо безнравственному, или же препятствіе ему. Въ первомъ случаѣ, (т. е. когда совершеніе противузаконнаго или безнравственнаго дѣйствія постановляется суспенсивнымъ, несовершеніе же такого дѣйствія — резолютивнымъ условіемъ), договоръ, къ которому относится таковое условіе, становится недѣйствительнымъ; получатель не можетъ обязаться къ беззаконному и безнравственному (§ 123. № 2) и 3), хотя бы промиттентъ или даватель только при этомъ условіи хотѣлъ исполнить обѣщанное и считать договоръ обязательнымъ [b]). Въ послѣднемъ случаѣ, напро-

§ 129. a) Ср. Гросъ ibid. § 203. — Невозможное условіе, постановленное отрицательно, можно также назвать необходимымъ, ибо ненаступленіе его, т. е. ненаступленіе невозможнаго необходимо; это условіе и должно называться необходимымъ, если подъ невозможнымъ разумѣть только то, что не можетъ совершиться. Но сверхъ того можно въ самомъ условіи высказывать что-либо невозможное, и притомъ въ отрицательной и положительной формѣ. См. Савиньи ibid. III. 158. прим. d). — Сказанное выше въ текстѣ объ условіи ненаступленія невозможнаго событія, именно, что суспенсивное условіе недѣйствительно, резолютивное же дѣлаетъ договоръ ничтожнымъ, можно приложить и къ необходимому условію.

b) Ср. Гросъ ibid. § 204. и Савиньи ibid. III. стр. 197. и сл.

тивъ, (т. е. когда несовершеніе противузаконнаго или безнравственнаго дѣйствія постановляется суспенсивнымъ, совершеніе же такого дѣйствія—резолютивнымъ условіемъ), договоръ, къ которому относится такое условіе, самъ по себѣ дѣйствителенъ [c]). Но конечно договоръ, по которому дается обѣщаніе подъ условіемъ, чтобы не было совершено противузаконное или безнравственное дѣйствіе, можетъ не осуществиться, когда при этомъ не назначено опредѣленнаго срока, ибо только со смертью промиссара становится несомнѣннымъ, что онъ не будетъ дѣйствовать вопреки условію, т. е. не сдѣлаетъ того, что запрещается условіемъ. Это можетъ произойти и въ другихъ случаяхъ, когда дано обѣщаніе подъ условіемъ, что тотъ, кому обѣщано, воздержится отъ дѣйствія, которое само по себѣ дозволено [d]).

§ 130.

2) О срокахъ.

Опредѣленіе времени можетъ быть или начальнымъ срокомъ, или окончательнымъ, смотря потому начало или прекращеніе дѣйствительности договора зависитъ отъ наступленія установленнаго момента времени. По естественному пра

c) Впрочемъ римское право признаетъ недѣйствительнымъ такой договоръ, въ силу котораго что-нибудь обѣщается кому-нибудь подъ условіемъ или съ цѣлью, чтобъ онъ не совершалъ противузаконнаго дѣйствія. L. 7. § 3. D. de pact. (II. 14.). «Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.» О вѣроятной причинѣ этого положенія, см. Савиньи ibid. III. 177. и сл.

d) Въ § 4. J. de verb. oblig. (III. 15. или 16.) въ этомъ отношеніи сказано слѣдующее: «. . . . Si quis ita stipuletur, si in Capitolium non ascendero, dare spondes? perinde erit, ac si stipulatus esset, cum moreretur, sibi dari . . . .»

ву срокъ при договорахъ слѣдуетъ считать относительно его силы всегда наравнѣ съ условіемъ, притомъ начальный срокъ наравнѣ съ суспенсивнымъ, а окончательный съ резолютивнымъ. Это справедливо даже и тогда, когда будущее наступленіе установленнаго срока не подлежитъ сомнѣнію, ибо все-таки еще неизвѣстно, доживутъ ли контрагенты до этого срока [a]). Впрочемъ по положительному праву, такъ какъ на основаніи его, въ силу принятаго порядка наслѣдованія, на наслѣдниковъ переходятъ и договорныя права, и обязанности (§ 75.), право промиссара и обязанность промиттента имѣютъ нарушимую силу въ случаѣ, если срокъ навѣрно наступитъ въ будущемъ; поэтому и право, и обязанность переходятъ на наслѣдниковъ договаривающихся сторонъ, хотя предъявленіе права можетъ воспослѣдовать только при наступленіи извѣстнаго срока [b]). — Если впрочемъ соблюденіе начала срока невозможно, напр. если кто-нибудь обѣщалъ совершить какое либо дѣйствіе во время своей смерти или непосредственно передъ нею [c]), то такой срокъ дѣлаетъ договоръ точно также недѣйствительнымъ, какъ если бы договоръ условливался наступленіемъ невозможнаго событія, въ смыслѣ суспенсивнаго условія. Напротивъ окончательный срокъ, котораго наступленіе невозможно, (напр. кто-нибудь обязывается къ извѣстному дѣйствію въ теченіи цѣлаго столѣтія), столь же мало имѣетъ вліянія на договоръ, какъ и невозможное дѣйствіе, постановленное въ видѣ резолютивнаго условія (§ 129.).

---

§ 130. a) Ср. Гросъ ibid. § 206. прим.

b) § 2. J. de verb. obligat. L. 46. pr. D. eod. (XLV. 1.). L. 213. pr. D. de verb. signif. (L. 16.). — L. 10. 16. и 17. D. de condict. indeb. (XII. 6.). Ср. и Савиньи ibid. III. стр. 214. и сл.

c) Такой случай находимъ въ L. 46. § 1. D. de verb. oblig. (XLV. 1.).

§ 131.

3) О присягѣ.

Присягой въ обширномъ смыслѣ называется всякое клятвенное увѣреніе именемъ священнаго или особенно дорогаго для клянущагося предмета; въ тѣсномъ же или собственномъ смыслѣ подъ этимъ выраженіемъ разумѣется религіозная клятва, т. е. такое увѣреніе, при которомъ призывается имя Божіе [a]). По своему содержанію и цѣли присяга бываетъ или удостовѣряющая, или обѣщающая; первая имѣетъ цѣлью подтвердить истину показанія, вторая утверждаетъ обѣщаніе [b]). Къ договорамъ относится ближе всего послѣдняя присяга [c]). Договоръ, имѣющій силу, подтверждается присягою, потому что, по своему религіозному значенію, она возвышаетъ или усиливаетъ субъективный моментъ обяза-

---

§ 131. a) Уже Цицеронъ понимаетъ присягу въ этомъ тѣсномъ смыслѣ, высказывая въ de offic. III. 29. слѣдующее: «Est enim jusjurandum affirmatio religiosa . . . .» Напротивъ римскіе юристы разумѣютъ присягу въ упомянутомъ обширномъ смыслѣ: по ихъ мнѣнію можно клясться своею головой или своимъ благомъ, головою своихъ дѣтей и т. д. L. 3. § 4. L. 4. L. 5. pr. L. 13. § 6. D. de jurejur. (XII. 2.). Но что при этомъ они придавали такимъ клятвамъ, по крайней мѣрѣ клятвѣ «своимъ благомъ», безмолвную или посредственную связь съ Богомъ, — это явствуетъ изъ L. 33. D. eod. «Qui per salutem suam jurat, licet per Deum jurare videtur, — respectu enim divini numinis ita jurat....» — О различныхъ опредѣленіяхъ понятія присяги см. Глюкъ: Erläut. d. Pandect. часть XII. стр. 181. и сл.

b) Весьма смутное понятіе о присягѣ находимъ у Рёдеръ ibid. 185. Онъ считаетъ всякую присягу за «tortura spiritualis, т. е. за духовное средство принужденія къ открытію истины», исходящее изъ «подозрѣнія въ намѣреніи солгать», и содержащее поэтому «очевидно обидное нарушеніе права на безукоризненность».

c) Впрочемъ и утверждающая присяга можетъ относится къ договору въ другомъ отношеніи. Ср. § 144.

тельности договора [d]). Но она не измѣняетъ объективнаго момента договора, т. е. не измѣняетъ его свойства и вида. Поэтому она не можетъ сдѣлать юридически дѣйствительнымъ такой договоръ, который самъ по себѣ не имѣетъ силы [e]); противуположное значеніе можетъ имѣть присяга только тогда, когда новое изъявленіе воли посредствомъ ея восполняетъ недостатокъ прежняго изъявленія, т. е. субъективнаго договорнаго момента. Сюда относится напр. тотъ случай, когда кто-нибудь пообѣщалъ что-либо въ шутку, а потомъ подтверждаетъ обѣщаніе клятвой. Въ положительныхъ законахъ встрѣчаются, однако, случаи, въ которыхъ вслѣдствіе присяги дается юридически-обязательная сила такимъ изъявленіямъ воли, которыя иначе не были бы обязательными для договаривающихся сторонъ [f]).

---

d) Это признаетъ уже Цицеронъ, который послѣ словъ, упомянутыхъ въ прим. a), продолжаетъ такимъ образомъ: «Quod autem affirmate, quasi Deo teste, promiseris, id tenendum est». — Невыгодныя послѣдствія и наказанія соединены съ нарушеніемъ присяги на основаніи положительныхъ законодательствъ, это видимъ уже и въ римскомъ правѣ, по крайней мѣрѣ относительно извѣстныхъ случаевъ, L. 13. § 6. D. de jurejur. L. 41. C. de transact. (II. 4.) и L. 17. pr. C. de dignitat. (XII. 1.), не смотря на изреченіе въ L. 2. C. de reb. cred. (IV. 1.): «Jurisjurandi contemta religio satis Deum ultorem habet».

e) Ср. Веберъ: Von der natürlichen Verbindlichkeit § 119. Глюкъ ibid. IV. стр. 543. и сл. и Шталь ibid. II. 1. стр. 417. прим. *).

f) Сюда относятся два случая изъ римскаго права, изъ которыхъ одинъ содержится въ L. 7. pr. § 2. и 3. D. de oper. libert. (XXXVIII. 1.) и L. 44. pr. D. de liber. caus. (XL. 12.), другой же въ L. 1. C. si advers. vendit. (II. 28.), ср. съ L. 3. C. de in integr. restit. minor. (II. 22.). Въ каноническомъ правѣ находимъ нѣкоторые другіе случаи, относящіеся сюда, c. 8. и 28. X. de jurej. (II. 24.) c. 2. eod. in VI. (II. 11.) и c. 2 de pact in VI. (I. 18.). Но должно ли выводить изъ этого общее правило относительно дѣйствительности обѣщающей присяги по каноническому праву? — Это вопросъ спорный. Ср. Мюленбрухъ: Fortsetz. von Glück's Erläut. d. Pand. часть XXXVIII. стр. 191. и сл. и Рихтеръ: Lehrb. des Kirchenrechts, § 275. стр. 600. и сл.

§ 132.

4) О неустойкѣ.

Неустойкой называется установленная контрагентами въ договорѣ пеня, на случай, если главное обязательство (т. е. первоначальное договорное обязательство) не будетъ исполнено, или, по крайней мѣрѣ, не будетъ исполнено во время. Но такъ какъ уже и безъ этого промиссаръ имѣетъ право на вознагражденіе со стороны промиттента, если послѣдній не выполнитъ надлежащимъ образомъ своего обязательства (§ 136.), то очевидно, что неустойка не всегда можетъ считаться обезпеченіемъ договора. Она обезпечиваетъ договоръ только въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) Когда она превышаетъ первоначальное договорное обязательство, или же содержитъ въ себѣ что-нибудь болѣе тяжкое, такъ какъ при этомъ конечно можно ожидать, что страхъ неустойки побудитъ промиттента къ исполненію обязательства; 2) когда неустойка даетъ возможность промиссару предъявить свое требованіе на вознагражденіе; это бываетъ въ особенности при договорахъ о такомъ положительномъ или отрицательномъ дѣйствіи, которое или не можетъ быть оцѣнено, или, по крайней мѣрѣ, когда денежную цѣну его трудно доказать для промиссара; такому дѣйствію неустойка назначаетъ извѣстную цѣну, на случай, если оно будетъ исполнено противъ смысла договора или совсѣмъ не будетъ исполнено; промиссаръ избавляется отъ необходимости доказывать свой интересъ при неисполненіи договора [a]). — Кромѣ того неустойка можетъ договору, относящемуся къ чужому исполненію, дать силу относительно извѣстнаго случая, въ которомъ бы договоръ

---

§ 132. a) Отсюда слѣдуетъ, что Гросъ впадаетъ въ крайность, совершенно отрицая неустойку по естественному праву, въ смыслѣ средства обезпеченія договоровъ.

иначе былъ бы недѣйствителенъ; напр. кто-нибудь обѣщаетъ отъ имени третьяго лица, не будучи его представителемъ и не имѣя уполномоченія отъ него, и обязывается самъ къ неустойкѣ, на случай, если третье лицо изъявитъ несогласіе на договоръ [b]). Напротивъ неустойка не имѣетъ значенія при договорѣ, содержаніе котораго состоитъ въ чемъ-либо невозможномъ или недозволенномъ.

§ 133.

Различные виды договоровъ: 1) По содержанію, предмету и цѣли.

Отдѣльные случаи или примѣры договоровъ, изъ которыхъ прежде всего здѣсь разсматриваются только тѣ, которые касаются имущественныхъ правъ, по различію потребностей и направленій человѣческаго оборота могутъ быть не только чрезвычайно многообразны и различны, но даже могутъ измѣняться почти до безконечности. Не смотря на то, они могутъ быть сведены къ извѣстнымъ видамъ или классамъ [a]), какъ по содержанію, предмету и цѣли, такъ отча-

b) Неустойка (poenae stipulatio или stipulationis poena) оказывается полезною по римскому праву и въ противуположномъ случаѣ, т. е. когда кто-нибудь принимаетъ отъ другаго обѣщаніе въ пользу третьяго: въ этомъ случаѣ наустойка даетъ силу такому договору, который самъ по себѣ недѣйствителенъ по римскому праву, ибо если исполненіе обязательства относительно третьяго лица не воспослѣдуетъ, то промиссару уплачивается неустойка. § 19. J. de inutil. stipulat. (III. 19. или 20.) и L. 38. § 17. D. de verb. oblig. (XLV. 1.). Впрочемъ по естественному праву въ этомъ случаѣ можно обойтись безъ неустойки, ибо оно допускаетъ обѣщаніе, сдѣланное кому-нибудь въ пользу третьяго лица, при ясно выраженномъ или безмолвномъ условіи, что послѣднее будетъ согласно на договоръ.

§ 133. a) Къ какимъ? но поводу этого вопроса существуетъ, конечно, много различныхъ воззрѣній, какъ между писателями въ области философіи

сти по самой природѣ (§ 134), и наконецъ по вліянію на вытекающія изъ нихъ дѣйствія (§ 135). По различію содержанія, предмета и цѣли должно принять слѣдующіе виды или классы договоровъ: 1) Тѣ, которые направлены на отчужденіе вещей или правъ, все равно за какой-либо эквивалентъ, или безъ него. Сюда принадлежатъ напр. договоръ о мѣнѣ, о куплѣ [b]), о раздѣлѣ, дареніе въ болѣе тѣсномъ или собственномъ смыслѣ [c]), уступка исковаго или неисковаго права [d]). 2) Договоры, которые касаются передачи пользованія извѣстными вещами или

права, такъ и между юристами. Ср. напр. Варнкёнигъ: loco cit. § 186, гдѣ приведены классификаціи договоровъ, сдѣланныя различными писателями, далѣе Шталь ibid. II. 1. 417. seq., Аренсъ ibid. стр. 548. seq., а между юристами напр. Пфордтенъ въ его Abhandl. aus d. Pandect. Rechte Nr. IV. стр. 302. seq.—Впрочемъ Шталь loco cit. стр. 420. справедливо замѣчаетъ о римской системѣ договоровъ, что она основана на особенныхъ условіяхъ ихъ подсудности по римскому праву; потому не можетъ считаться вѣрною вообще и даже вовсе не примѣнима къ нашему современному состоянію.

b) Сюда же причисляютъ, какъ особенный видъ, контрактъ о пожизненной рентѣ (Leibrentencontract). ср. Курціусъ: Handb. des in Sachsen geltenden Civilr. IV. § 1579.

c) Здѣсь слѣдуетъ понимать: договоръ, по которому кто-либо вслѣдствіе щедрости, или вслѣдствіе благоволенія, отчуждаетъ другому право собственности на вещь или же какое-нибудь иное имущественное право. Напротивъ въ болѣе обширномъ смыслѣ дареніемъ называется каждое дѣйствіе, по которому одно лицо, побуждаемое чувствомъ щедрости или благоволенія, удѣляетъ другому какую-либо имущественную выгоду; послѣднее возможно и безъ договора, (напр. если лицо, имѣя въ виду дареніе, тратитъ что-либо на чужую вещь), да и притомъ не необходимо должно быть связано съ дѣйствительнымъ отчужденіемъ, т. е. умаленіемъ имущества уже пріобрѣтеннаго, (напр. если работаютъ безвозмездно для кого-либо).

d) Сюда должно причислить и договоръ по изданію книгъ, на сколько писатель тѣмъ самымъ отчуждаетъ или уступаетъ издателю право пользоваться оригиналомъ, какъ средствомъ пріобрѣтенія, конечно, отпечатывая рукопись (§ 109). — Другія воззрѣнія на этотъ договоръ находятся у Курціусъ ibid. IV. § 1502. прим. a).

правами, безвозмездно или за какую либо плату, напр. договоръ о ссудѣ или предоставленіе права пользованія и договоръ объ арендѣ или наймѣ [e]). Отчасти ко второму, а отчасти и къ первому классу договоровъ относится заемъ (mutuum). Здѣсь ссужаются вещи не для одного пользованія, а также и для потребленія, которое предполагаетъ за лицомъ занимающимъ — пріобрѣтеніе права собственности на потребляемыя и замѣнимыя вещи а, слѣдовательно, со стороны заимодавца, оно предполагаетъ отчужденіе, но съ правомъ требовать со временемъ отъ заемщика возвращенія другихъ вещей того же рода и качества и въ томъ же количествѣ, въ какомъ получилъ ихъ должникъ. 3) Договоры, касающіеся юридическаго имущественнаго общенія, именно договоръ о товариществѣ (Societätsvertrag). Договоръ этотъ впрочемъ можетъ являться при различныхъ условіяхъ, лишь бы сохранялась его сущность, то есть, чтобы каждый членъ общества содѣйствовалъ чѣмъ-либо достиженію общей цѣли, и чтобы всѣ члены участвовали въ прибыли, ожидаемой отъ цѣли общества или общаго предпріятія. Цѣль же товарищества можетъ быть или общеніе собственности и другихъ имущественныхъ правъ, или общее употребленіе и пользованіе вещами, или наконецъ общее пріобрѣтеніе совокупными дѣйствіями и предпріятіями. Далѣе, вклады, даваемые членами ассоціаціи для достиженія общей цѣли, могутъ состоять или изъ денегъ, другихъ вещей, или изъ услугъ и трудовъ; наконецъ самые взносы, также какъ и доли членовъ въ барышѣ и убыткѣ, могутъ быть равные и неравные [f]). 4) Договоры, имѣющіе содержаніемъ и предметомъ своимъ положительныя или отрицательныя дѣйствія, которыми одинъ изъ контрагентовъ обязывается въ пользу другаго или безвозмездно, или за какую-либо плату; напр. наемъ въ услуженіе или договоръ о личномъ наймѣ, также договоръ о наемной или заработной платѣ или далѣе договоръ объ отдачѣ на сохраненіе или сбереженіе [g]), договоръ о полномочіи [h]) и т. д.

e) Шталь (ibid. стр. 418. и 419.) положительно отдѣляетъ другъ отъ друга оба эти договора, отличающіеся почти только тѣмъ, что въ первомъ передача права пользованія совершается безвозмездно, въ послѣднемъ же за какую-либо плату. Онъ причисляетъ ссуду къ договорамъ, имѣющимъ предметомъ отдачу вещи съ условіемъ получить ее обратно; наемъ же (или лучше: договоръ объ арендѣ и наймѣ)—къ тѣмъ, которые состоятъ въ обмѣнѣ услугъ и дозволеній. Но замѣтимъ, что и въ договорѣ объ арендѣ и наймѣ происходитъ отдача вещи съ условіемъ получить ее обратно; а съ другой стороны и въ ссудѣ, не смотря на возможныя взаимныя требованія ссужающаго (commodators), мы можемъ встрѣтить обмѣнъ услугъ и дозволеній, именно, когда этотъ договоръ заключается въ интересѣ обоихъ контрагентовъ, какъ напр. въ случаѣ L. 18. pr. D. commodat. (XIII. 6.).

f) Шталь (loco cit. стр. 419.) причисляетъ societas (вмѣстѣ съ mandatum) къ договорамъ, производящимъ связь между лицами, основанную на веденіи чужихъ дѣлъ. Въ этомъ однако не заключается характеристическій признакъ товарищества; это видно изъ того, что и факторъ или приказчикъ ведутъ дѣла своихъ хозяевъ, хотя между ними и нѣтъ societas, товарищества.

g) Шталь loco cit. стр. 418. причисляетъ depositum къ договорамъ состоящимъ въ отдачѣ вещи съ условіемъ возвращенія; но этимъ не ясно обозначается цѣль поклажи, которая состоитъ, очевидно, во временномъ сохраненіи вещи, и отдача ея есть только средство, необходимое для достиженія этой цѣли. Слѣдуя мнѣнію Шталя, можно и должно было бы причислить также къ договорамъ, состоящимъ въ отдачѣ вещи съ условіемъ возвращенія, напр. договоръ о платѣ за услуги въ томъ случаѣ, когда кто-либо дастъ посланному вещь для доставленія въ то мѣсто, куда отдавшій намѣренъ отправиться, съ обязанностью, возвратить ему эту вещь на мѣстѣ.

h) По мнѣнію Шталя (loco cit. стр. 419.) mandatum и societas имѣютъ ту особенность, «что ихъ содержаніе составляютъ не съ самаго начала опредѣленныя дѣйствія, а скорѣе внутреннее личное отношеніе, изъ котораго вытекаютъ разнообразныя, часто вовсе непредвидимыя дѣйствія, какъ извѣстный объектъ.» Однако замѣчаніе это также мало примѣнимо къ mandatum, направленному единственно на исполненіе опредѣленнаго дѣла,

5) Договоры, имѣющіе цѣлью обезпеченіе исковаго права и соотвѣтствующаго ему обязательства, какъ напр. договоръ о закладѣ и порука (Bürgschaft), въ извѣстной мѣрѣ также договоромъ опредѣленная неустойка (§ 132). 6) Договоры, которые стремятся опредѣлить сомнительное, спорное юридическое отношеніе или таковыя же обстоятельства, напр. договоръ о третейскомъ судѣ, полюбовная сдѣлка, также договоръ о присягѣ, къ которой приводятъ ту или другую сторону для подтвержденія ея словъ. 7) Договоры, которые направлены къ измѣненію или обновленію отношеній, вытекающихъ изъ обязательствъ, (Abänderungs- oder Neuerungsverträge). Подобныя измѣненія могутъ касаться не только предмета или формы существующаго обязательнаго отношенія, но и самаго лица контрагента, такъ что вслѣдствіе договора обновленія можетъ явиться новый кредиторъ, или новый должникъ вмѣсто прежнихъ. 8) Договоры, имѣющіе цѣлью уничтоженіе прежняго отношенія по обязательству, или освобожденіе отъ существующей обязанности. Подобные договоры называются освобождающими или договорами объ освобожденіи и снятіи; въ случаѣ, если они имѣютъ въ виду только временное освобожденіе отъ обязательной уплаты, они называются договорами объ отсрочкѣ. Въ противуположность съ ними, договоры, которые ведутъ къ установленію отношенія по обязательству, прежде не существовавшаго, или къ измѣненію отношенія, уже существующаго, можно назвать обязывающими или договорами объ обязательствѣ. 9) Договоры, имѣющіе въ виду только ожидаемую прибыль, которая вполнѣ или отчасти зависитъ отъ

какъ и къ товариществу, которое ограничивается однимъ преходящимъ предпріятіемъ.

счастья или отъ того, что называютъ случаемъ; (такъ называемые aleatorische, Glücks- oder Hoffnungs-Verträge, т. е. договоры, основанные на счастьѣ или надеждѣ). Они могутъ либо относиться къ другимъ договорамъ, какъ особенные ихъ виды и измѣненія, напр. покупка вещи еще только ожидаемой, либо же образовать самостоятельные договоры, какъ напр. азартная игра, а въ иныхъ случаяхъ и пари. Послѣдняго вида договоры вовсе не необходимы для юридическихъ сношеній между людьми [i]); въ тѣхъ случаяхъ, по крайней мѣрѣ, гдѣ дѣло идетъ о значительномъ выигрышѣ или проигрышѣ, противъ нихъ можно выставить нравственное соображеніе о томъ, что здѣсь одинъ обогащается во вредъ другому.—Не смотря на то, по естественному праву нельзя считать эти договоры прямо недозволяемыми и необязательными; хотя въ положительныхъ правахъ они и подчинены многимъ ограниченіямъ въ видахъ политическихъ и полицейскихъ, дабы предотвратить возможное здѣсь легкомысліе и не допустить разстройства имѣнія [k]). 10) Договоры о страхованіи (т. е. такіе договоры, гдѣ кто либо за опредѣленную плату беретъ на себя отвѣтственность за послѣдствія несчастнаго событія, обѣщая условную уплату опредѣленной денежной суммы въ пользу другаго. Они, правда, имѣютъ отчасти характеръ договоровъ заключаемыхъ на счастье (aleatorischen); но все-таки не въ томъ состоитъ ихъ существенное и отличительное свойство [l]).

---

i) Потому Шталь loco cit. стр. 420. сомнѣвается въ ихъ обязательной силѣ.

k) Объ относящихся сюда опредѣленіяхъ римскаго права см. Шиллингъ: Lehrb. f. Institut. и Gesch. des Röm. Privatr. III. § 263.

l) Ср. Штаудингеръ: Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag (Эрланг. 1858.) § 5. и 8.

§ 134.

2) По природѣ.

По природѣ договоры бываютъ самостоятельные, т. е. такіе, которые могутъ существовать сами по себѣ, а въ соединеніи съ другимъ договоромъ образуютъ основаніе или главный договоръ, и придаточные, т. е. такіе, которые необходимо предполагаютъ другое отношеніе по обязательству, обусловливающее ихъ. Послѣдніе, имѣя въ виду обезпеченіе требованія и обязательства, до которыхъ они касаются, называются спеціально договорами объ обезпеченіи и сюда относятся примѣры, приведенные въ §. 133 подъ № 5. Они же называются дополнительными въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, когда направлены къ ближайшему опредѣленію, распространенію или измѣненію главнаго договора, которому они служатъ дополненіемъ. По содержанію они могутъ быть различны. Примѣръ, особенно достойный вниманія, представляетъ собою договоръ о процентахъ, гдѣ лицо, которому предоставлено право потребленія, обязывается вознаградить заимодавца за то, что послѣдній лишается возможности пользоваться вещами, данными въ заемъ или ссуду. Вознагражденіе это называется процентами въ противоположность главному долгу, такъ называемому капиталу или главному фактору. По естественному праву, опредѣленіе размѣра процентовъ или опредѣленіе ихъ отношенія къ капиталу зависитъ единственно отъ соглашенія между контрагентами [a]). Но положительныя права, основываясь на политическихъ соображеніяхъ и побужденіяхъ справедливости, съ самыхъ давнихъ временъ ввели различныя ограниченія процентовъ, съ цѣлью отклонить слишкомъ сильныя притѣсненія должниковъ и предупредить проистекающее отсюда зло; а за превышеніе, такъ называемую лихву, постановили невыгодныя слѣдствія [b]). Въ новѣйшее время, впрочемъ, въ нѣкоторыхъ государствахъ пытались снова отстранить подобныя ограниченія. Оба вида второстепенныхъ договоровъ имѣютъ то общее свойство, что сила и существованіе ихъ, кромѣ общихъ условій договоровъ, основаны еще на дѣйствительности и существованіи главнаго договора или отношенія по обязательству, которому они служатъ дополненіемъ.

§ 134. a) Другаго мнѣнія Аренсъ loco cit. стр 557.

Шталь ibid. II. 1. 420. № 6) понимаетъ подъ придаточными договорами такіе, «которые способствуютъ укрѣпленію, обезпеченію, измѣненію требованія, уже существующаго,» и причисляетъ сюда: «constitutum, поручительство, обновленіе». Но взглядъ этотъ съ одной стороны слишкомъ узокъ, такъ какъ здѣсь вовсе упущены изъ вида дополнительные договоры въ тѣсномъ смыслѣ; а они, очевидно, принадлежатъ къ придаточнымъ договорамъ. Съ другой же стороны подобный взглядъ слишкомъ обширенъ, такъ какъ novatio, направленное на измѣненіе требованія, причисляется къ придаточнымъ договорамъ. Обновленіе, правда, во всякомъ случаѣ, предполагаетъ существующее отношеніе по обязательству, но, измѣняя, мы уничтожаемъ его и на его мѣсто выдвигаемъ новое отношеніе («Novatio enim a novo nomen accepit et a nova obligatione». L. 1. pr. D. de novat. XLVI. 2.); тогда какъ придаточный договоръ въ собственномъ смыслѣ угасаетъ одновременно съ погашеніемъ главнаго обязательства, которому онъ служитъ дополненіемъ. Еще обширнѣе понимаетъ придаточные договоры Пфордтенъ въ § 6. св. Abhandl., приведенныхъ къ § 133. N. a). Онъ полагаетъ ихъ общій характеръ въ томъ, «что они предполагаютъ существующее обязательство, къ которому относятся, чтобы укрѣпить его, слѣдовательно прибавить новое, или унич-

b) Объ относящихся сюда опредѣленіяхъ римскаго права см. Шиллингъ ibid. III. § 244—246; а о запрещеніяхъ права Моисеева и каноническаго, направленныхъ вообще противъ взиманія процентовъ, см. Глюкъ: Erläut. d. Pand. XXI. стр 11—28.

тожить его, замѣнивъ его другимъ, или оставивъ безъ замѣны». Имѣя въ виду послѣднюю цѣль, онъ причисляетъ къ этому классу договоровъ поручительство (Intercessio), обновленіе, договоръ о наслѣдствѣ и полюбовную сдѣлку. Но столь обширное опредѣленіе понятія о придаточныхъ договорахъ, хотя и можетъ быть допущено по смыслу слова, однако для науки не имѣетъ значенія; иначе нельзя было бы для этого класса договоровъ установить общее правило, по которому опредѣлялась бы ихъ особенность.

§ 135.

3) По дѣйствію.

Если наконецъ взять во вниманіе вліяніе договоровъ на связанныя съ ними дѣйствія, то они бываютъ или односторонніе, или взаимные (существенно и случайно взаимные), или смѣшанные договоры [a]). Односторонними договорами называются тѣ, гдѣ только одинъ контрагентъ что-либо исполняетъ, обѣщаетъ или предоставляетъ другому [b]); взаимными же называются тѣ, гдѣ

§ 135. a). Пфордтенъ въ приведенномъ къ § 133. N. a) Abhandl. стр. 307 дѣлитъ вообще самостоятельныя обязательства на слѣдующіе четыре класса: «односторонния, случайно двусторонния, существенно двусторонния, и такія, которыя при заключеніи двусторонни, въ исполненіи же односторонни»; онъ говоритъ, что по духу римскаго права вся система договоровъ, по крайней мѣрѣ самостоятельныхъ, построена именно на этомъ дѣленіи. Либе въ Zeitsch. f. Civilr. u. Proz. XV. стр. 235. также того мнѣнія, что по римскому праву вѣрнѣе всего «раздѣлить всѣ контракты на односторонне и двусторонне обязывающіе, а между этими видами должно поставить случаи несовершенной двусторонности». Напротивъ Шталь loco cit. II. 1. 417 признаетъ раздѣленіе договоровъ съ точки зрѣнія односторонности и взаимности за «болѣе или менѣе внѣшнее и формальное»

b) Шталь loco cit. стр. 418 сомнѣвается, должно-ли допустить и признать обязательную силу договоровъ, состоящихъ въ одностороннемъ дѣйствіи, такъ какъ они заключаютъ въ себѣ «чистую потерю». И Рёдеръ ibid. стр. 342. полагаетъ, что щедроты какъ-то несовмѣстны «съ строгимъ принужденіемъ къ исполненію».

обѣ стороны совершаютъ другъ для друга опредѣленныя дѣйствія, и гдѣ для обѣихъ же сторонъ возникаютъ или уничтожаются извѣстныя обязательства. Наконецъ смѣшанные договоры въ моментъ заключенія носятъ характеръ взаимнообязывающій, а въ результатѣ содержатъ только одностороннее дѣйствіе. Въ одностороннихъ договорахъ только одинъ изъ договаривающихся — даватель или промиттентъ, и только другой изъ нихъ — получатель или промиссаръ; напротивъ въ договорахъ взаимныхъ, каждый изъ договаривающихся въ одно и тоже время даватель и получатель или промиттентъ и промиссаръ. Наконецъ въ смѣшанныхъ договорахъ каждая сторона, хотя одновременно и промиттентъ и промиссаръ, однако лишь случайно; ибо въ дѣйствительномъ результатѣ обѣщанное должно быть исполнено только одною стороною. Подтвержденіе этому мы видимъ въ играхъ и парі; здѣсь, каждый изъ контрагентовъ обѣщаетъ другому чисто случайно, т. е. на случай, что этотъ другой выиграетъ опредѣленное дѣйствіе; исполненіе же обѣщанія лежитъ только на томъ, кто проиграетъ въ игрѣ, или кто въ парі окажется неправымъ [c]). Къ одностороннимъ договорамъ обыкновенно причисляется договоръ о дареніи, будетъ ли онъ осуществленъ тотчасъ же въ формѣ даровой передачи собственности или другаго имущественнаго права, или же онъ будетъ состоять только въ принятомъ обѣщаніи передать безвозмездно другому контрагенту какую-либо имущественную выгоду (§ 133. N. c). Но и въ этомъ договорѣ для лица, принимающаго даръ, можетъ возникнуть обязательство, когда ему при заключеніи догово-

c) Ср. Пфордтенъ въ упомян. Abhandl. § 5. стр. 328 seq.

ра назначается цѣль, для которой онъ долженъ употребить предметъ даренія, или возлагается какая-либо другая обязанность. Что же касается до взаимности дѣйствія или обязательства, необходимой для понятія о взаимныхъ договорахъ, то она можетъ быть или полная и равная, или неполная и неравная [d]). Первая имѣетъ мѣсто, когда обоюдныя дѣйствія или обязательства обѣихъ договаривающихся сторонъ одинаково существенны, т. е. необходимо коренятся въ природѣ договора или въ природѣ того юридическаго отношенія, которое составляетъ цѣль договора, какъ напр. въ куплѣ, мѣнѣ, арендѣ или наймѣ, въ договорѣ о вознагражденіи, въ товариществѣ и т. д. Неполная же взаимность является, какъ скоро обязательство только одного изъ контрагентовъ есть существенное, обязательство же другаго—скорѣе случайное; послѣднее бываетъ по его винѣ, или вслѣдствіе тратъ, сдѣланныхъ въ его пользу другимъ контрагентомъ, которому и должны быть возвращены издержки. Все это можетъ легко встрѣтиться напр. въ договорѣ о полномочіи и въ договорѣ объ отдачѣ на сохраненіе, если только за услуги не обѣщано никакой награды [e]). — Впрочемъ во взаимныхъ договорахъ нѣтъ никакой необходимости, чтобы дѣйствія обоихъ контрагентовъ стояли въ извѣстномъ цѣнномъ отношеніи другъ къ другу. А потому напр. и въ куплѣ каждая цѣна, установленная по согласію договаривающихся сторонъ, должна считаться дѣйствительною, все равно соотвѣтствуетъ ли она настоящей стоимости вещи, или нѣтъ. Въ римскомъ правѣ, ради справедливости, начало это измѣнилось такимъ образомъ: если покупная цѣна менѣе даже половины дѣйствительной стоимости проданной вещи (такъ называемое laesio enormis), то продавецъ можетъ начать оспоривать контрактъ и можетъ даже лишить его силы [f]).

d) Къ этой двоякой возможности относится въ римскомъ правѣ различіе между directae (или principales) и contrariae actiones во взаимныхъ обязательствахъ. Ср. напр. § 2. J. de poena temere litig. (IV. 16). L. 17. § 1. и 3. и L. 18. § 2—4. D. commodat. (XIII. 6.). L. 1. § 2. и L. 16. § 1. D. de pignorat. act. (XIII. 7). L. 5. pr. D. depos. (XVI. 3). L. 12. § 7—9. D. mandat. (XVII. 1.).

e) Безвозмездность этихъ обоихъ договоровъ въ римскомъ правѣ считается ихъ существеннымъ свойствомъ. L. 1. §. 4. и L. 36. §. 1. D. mandat. L. 24. in f. и L. 34. D. depos.

1. Односторонніе договоры пытались также назвать безвозмездными или благотворительными; а взаимные думали назвать вознаграждаемыми или обременяющими, на томъ основаніи, что только въ послѣднихъ имѣютъ мѣсто обоюдныя дѣйствія или вознагражденіе за услугу, которую одинъ изъ контрагентовъ оказываетъ или обѣщаетъ другому. Ср. напр. Гросъ ibid. §. 212. Варнкёнигъ ibid. стр. 392. seq. Аренсъ ibid. стр. 550 и Рёдеръ ibid. стр. 341. Но и эти названія не исчерпываютъ всѣхъ случаевъ. Если напр. кто-либо дозволяетъ другому безвозмездно пользоваться принадлежащею ему вещью, то для другаго это будетъ, безъ сомнѣнія, договоръ благотворительный; а между тѣмъ для него изъ того же самаго договора вытекаетъ существенное обязательство возвратить вещь въ положеніи, которое было бы не хуже прежняго. Или: если кто-нибудь дорого продастъ не нужную ему вещь, онъ, конечно, не назоветъ эту торговую сдѣлку обременяющимъ договоромъ, тогда какъ по вышеприведенной терминологіи сдѣлка эта не можетъ носить другаго названія. Ср. также Савиньи въ Syst. d. heut. Röm. Rechts IV. стр. 11. N. f) и въ Obligationenr. II. стр. 14.

2. Къ одностороннимъ договорамъ по римскому праву принадлежитъ также и предоставленіе права потребленія (mutui datio), такъ какъ оно основывается прежде всего на передачѣ ссужаемыхъ вещей, а потомъ уже обязываетъ одного только получателя возвратить то же количество замѣняемыхъ вещей, какое онъ получилъ.

f) L. 2. и 8. C. de rescind. vendit. (IV. 44). — Аренсъ ibid. стр. 557, кажется, видитъ основаніе этому въ естественномъ правѣ. Не такъ думали римскіе юристы. Ср. мѣста изъ дигестъ, приведенныя къ §. 121. N. e).

pr. J. quib. mod. re contrah. oblig. (III. 14 или 15.). L. 2. pr. § 1 и 3. D. de reb. cred. (XII. 1.). По естественному праву, исковое право кредитора и обязательство должника вступаетъ въ силу не прежде того момента, какъ дѣйствительно воспослѣдуетъ передача ссужаемыхъ вещей. — Этимъ однако нельзя ограничить понятіе о займѣ; договоръ о займѣ, очевидно, обнимаетъ и предварительное соглашеніе, въ силу котораго одинъ обязывается выдать извѣстную ссуду, а другой—со временемъ уплатить равную сумму (ср. приложеніе къ § 118). Сообразно съ этимъ, по естественному воззрѣнію на право, должно причислить заемъ къ договорамъ взаимно обязывающимъ, равно какъ и ссудный контрактъ (commodatum); такъ какъ и здѣсь одинъ обязывается безвозмездно передать право пользованія извѣстною вещью, а другой обязывается возвратить со временемъ ту же вещь въ неиспорченномъ видѣ. Другаго мнѣнія Шталь ibid. II. 1. стр. 418; онъ даже утверждаетъ, что договоръ о томъ, чтобы было дано mutuum, служитъ «совсѣмъ иной потребности оборота», нежели само mutuum.

§ 136.

Слѣдствія договоровъ, имѣющихъ силу.

Слѣдствія дѣйствительныхъ договоровъ по отношенію къ имущественнымъ правамъ различны, смотря потому, состоитъ-ли договоръ въ настоящемъ дѣйствіи, или же дѣло идетъ только о будущемъ. Въ первомъ случаѣ то право, которое одинъ изъ контрагентовъ или каждый изъ нихъ желаетъ передать другимъ, переносится тотчасъ же въ силу договора съ давателя на получателя; по различной цѣли заинтересованныхъ лицъ это можетъ быть или право собственности на передаваемую вещь, или иное положительное право [a]), а наконецъ даже и отрицательное, напр. право

§ 136. a) Равнымъ образомъ и тѣ договоры, которые состоятъ въ немедленномъ перенесеніи вещнаго права, можно вмѣстѣ съ Савиньи въ Syst. d. heut. Röm. Rechts III. стр. 313 и въ Obligationenr. II.

освобожденія отъ существующаго обязательства. Во второмъ же случаѣ, изъ самаго договора вытекаетъ только исковое право для промиссара и соотвѣтствующее ему обязательство для промиттента; а, если договоръ взаимно обязывающій, то въ одно и то же время полагается основаніе и исковому праву, и обязательству для обоихъ контрагентовъ; такъ что съ этого момента контрагенты стоятъ другъ къ другу въ отношеніи кредитора и должника (§ 115). Исковое право промиссара или кредитора главнымъ образомъ направлено на исполненіе договора; иногда же оно имѣетъ въ виду полное вознагражденіе самаго кредитора, когда именно исполненіе не воспослѣдуетъ по винѣ промиттента, или, хотя воспослѣдуетъ, но не такъ, какъ должно. Однако, пока обѣщанное дѣйствіе еще возможно, обыкновенно ни кредиторъ не можетъ требовать суррогата или эквивалента, ни должникъ не въ правѣ навязывать ему того или другаго [b]); развѣ сами кон-

стр. 257. N. (m) назвать вещными договорами. Кантъ ibid. стр. 103. seq. для этого употребляетъ выраженіе: «pactum re initum,» а Шталь ibid. II. 1. стр. 413. договоры, гдѣ актъ соглашенія и исполненія совпадаютъ въ одномъ моментѣ, называетъ «договорными актами» въ противоположность «договорнымъ отношеніямъ».

b) Прямо противоположное принимаютъ Шмальцъ въ св. Recht der Natur. I. § 117. и 118. и Варнкёнигъ ibid. стр. 383. adf.. Они утверждаютъ, что необходимость дѣйствительнаго исполненія обѣщаннаго вытекаетъ только непосредственно изъ обязательной силы договора; должникъ же обязанъ исполненіемъ единственно потому, что иначе онъ долженъ былъ бы вознаградить кредитора. — См. объ этомъ Кругъ ibid. § 55. прим. 1. и Рёдеръ ibid. стр. 346. N. **). — По римскому праву, при faciendi obligatio, уполномоченное лицо можетъ искать по выбору: или обѣщанное factum или id, quod interest; ср. Шиллингъ Lehrb. f. Institut. и т. д. III. § 260. прилож. 1. По Code Napoléon ст. 1184. во взаимныхъ договорахъ, вообще та сторона, по отношенію къ которой не было исполнено обязательство, имѣетъ право или принудить другаго къ исполненію, пока оно еще возможно, или — можетъ требовать уничтоженія договора вмѣстѣ съ полнымъ вознагражденіемъ.

трагенты постановятъ какое-либо иное условіе. Впрочемъ это правило въ первой своей половинѣ допускаетъ исключеніе, когда должное дѣйствіе для лица, имѣющаго право иска, сдѣлалось безцѣльнымъ и безполезнымъ потому, что воспослѣдовало несвоевременно [c]). Тоже правило подвергается измѣненію и во второй части, какъ скоро должное дѣйствіе состоитъ въ опредѣленномъ актѣ, который по своей природѣ не можетъ быть прямо вынужденъ у обязавшагося (§ 65).—Равно и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ обѣщанное дѣйствіе касается до передачи вещи въ собственность промиссара, послѣдній въ силу договора пріобрѣтаетъ только исковое право, т. е. право требовать, чтобы вещь ради извѣстной цѣли была передана ему промиттентомъ. Самое же вещное право онъ получаетъ не прежде, какъ воспослѣдуетъ сообразно договору передача или вступленіе во владѣніе. Очевидно, что только тогда промиссаръ будетъ находиться въ непосредственномъ соединеніи съ вещью и, слѣдовательно, получитъ возможность пользоваться своею властью (§. 102 и 104) [d]). Но для передачи права собственности на вещь достаточно и одного договора, когда договаривающійся, который можетъ и желаетъ пріобрѣсть это право, уже владѣетъ сказанною вещью на какомъ нибудь другомъ основаніи, напр. если кто либо, покупая вещь, уже прежде владѣлъ ею, какъ наемщикъ.

---

c) Ср. Рёдеръ ib. стр. 346.

d) Гуго Гроцій: de jure belli ac pac. II. c. 6. § 1. считаетъ это чисто положительнымъ юридическимъ опредѣленіемъ. Вѣрнѣе разсуждаетъ объ этомъ Кантъ loco cit. Впрочемъ по Code Napoléon ст. 1138. и 1583. въ договорахъ, имѣющихъ цѣлью передачу собственности, право собственности на вещь, о которой идетъ рѣчь, переходитъ во всякомъ случаѣ къ промиссару немедленно, вмѣстѣ съ заключеніемъ договора, слѣдовательно прежде, чѣмъ воспослѣдуетъ самая передача.

§ 137.

Если договоръ касается многихъ объектовъ, то весь вопросъ заключается въ томъ, были ли эти объекты обѣщаны въ совокупности, или одинъ вмѣсто другаго (альтернативно). Въ первомъ случаѣ они должны быть доставлены всѣ вмѣстѣ; во второмъ же, напротивъ, долженъ быть доставленъ либо тотъ, либо другой объектъ, при чемъ должникъ можетъ доставлять по выбору, если только кредиторъ ясно не оставилъ за собой этого права. И, понятно, почему: промиттентъ не ограничилъ своей свободы относительно выбора, не подпавшаго опредѣленію [a]). Равно и въ томъ случаѣ, когда предметъ договора опредѣленъ не индивидуально, а только по своему родовому понятію, должникъ имѣетъ право выбора, смотря по тому, какой индивидуумъ изъ извѣстнаго рода желаетъ онъ доставить. Очевидно, однако, что здѣсь право выбора ограничивается самою природою договорнаго отношенія: должникъ не можетъ избрать объекта, не нужнаго кредитору, или объекта, не соотвѣтствующаго духу и цѣли договора [b]). То же самое имѣетъ силу, когда обѣщано извѣстное количество замѣняемыхъ вещей (§ 42) безъ опредѣленія ихъ качества [c]); при предоставленіи права потребленія само собою разумѣется, что должникъ обязанъ возвратить вещи той же самой доброты, какъ и получилъ (§ 133. № 2).

---

§ 137. a) Ср. Гросъ id. § 196.

b) Другаго мнѣнія Гросъ въ прим. 2. къ привед. § и Рёдеръ ibid. стр. 337. Прусское Уложеніе I. 5. § 275. для подобнаго случая содержитъ въ себѣ постановленіе, чтобы давалась «вещь средняго рода и средняго качества».

c) Въ подобномъ случаѣ римское право дозволяетъ должнику выбрать худшіе сорты. L. 52. D. mandat. (XVII. 1.). Однако это правило подвергается измѣненіямъ. Ср. Савиньи: Obligationenr. I. стр. 402.

§ 138.

Послѣдствія договоровъ обыкновенно касаются только самихъ договаривающихся сторонъ [a]); но иногда они посредственно распространяются и на третье лицо. Послѣднее имѣетъ силу именно въ тѣхъ договорахъ, изъ которыхъ вытекаетъ право на вещь, отличное отъ собственности; напр. право заклада, повинность, или же такое вещное исковое право, которое соотвѣтствуетъ такъ назыв. повинностямъ, соединеннымъ съ имуществомъ (Прил. I къ § 46). Собственникъ уступаетъ кому бы то ни было по договору извѣстное право на принадлежащую ему вещь; очевидно, что каждый, кто только со временемъ пріобрѣтетъ эту самую вещь, обязанъ признать уступленное право и долженъ въ подобномъ случаѣ согласиться на ограниченіе собственности (§ 97. № 3). И на оборотъ: если кто либо по отношенію къ своей вещи пріобрѣлъ извѣстное право путемъ договора, и притомъ такъ, что право это должно быть тѣсно связано съ самою вещью, какъ присущее ей свойство, напр. повинность угодья, то, понятно, что каждый будущій пріобрѣтатель подобной вещи, въ то же время пріобрѣтаетъ и связанное съ нею право (§ 111 и 114). Кромѣ этихъ случаевъ изъ договора могутъ вытекать права и обязательства не для самихъ контрагентовъ, а для третьяго лица, только подъ однимъ изъ слѣдующихъ условій: когда лицо это поручило заключить сказанный договоръ, или оно одобрило его, или же наконецъ договоръ заключенъ во имя его общимъ представителемъ его личности. (§ 54) [b]).

---

§ 138. a) По положительному праву, они обыкновенно переходятъ и на наслѣдниковъ контрагентовъ, что вытекаетъ изъ природы наслѣдственнаго права. § 75.

b) Постановленія римскаго права о слѣдствіяхъ договоровъ по отношенію къ третьему лицу во многомъ отступаютъ отъ этихъ простыхъ положе-

§ 139.

Обязательства, вытекающія изъ дѣйствій недозволенныхъ, заключающихъ въ себѣ правонарушеніе.

Самостоятельныя обязательства могутъ вытекать изъ недозволенныхъ дѣйствій, заключающихъ въ себѣ правонарушеніе. Вслѣдствіе такого дѣйствія, виновникъ его обязанъ отвѣчать за юридически - необходимыя послѣдствія; онъ обязанъ, слѣдовательно, вознаградить другаго за причиненный ему вредъ, и, на сколько возможно, возстановить прежнее положеніе обиженной или оскорбленной стороны (§ 61). Потому обиженнаго по отношенію къ должному ему удовлетворенію или вознагражденію слѣдуетъ считать какъ бы кредиторомъ того лица, которое провинилось предъ нимъ, совершивъ правонарушеніе [a]). Кромѣ того, въ нѣкоторыхъ положительныхъ правахъ, извѣстныя противоправовыя дѣйствія даютъ лицу, противъ котораго они совершены, право требовать отъ виновника гражданскаго наказанія [b]).

ній естественнаго права. Ср. Шиллингъ Lehrb. f. Institut. и т. д. III. § 261.

§ 139. a) Кантъ ibid. стр. 97 отрицаетъ возможность пріобрѣтать что бы то ни было вслѣдствіе противоправоваго дѣйствія со стороны другаго, и полагаетъ тому слѣдующее основаніе: «если бы я даже и претерпѣлъ лишеніе, имѣя право требовать отъ другаго удовлетворенія, то сохранилъ бы неумаленнымъ только свое, и не пріобрѣлъ бы ничего противъ прежняго». Здѣсь, очевидно, Кантъ смѣшиваетъ пріобрѣтеніе прибыльное или обогащающее съ пріобрѣтеніемъ какого-либо права вообще. Конечно, по естественному праву, обиженный не долженъ получать прибыли вслѣдствіе противоправоваго дѣйствія со стороны другаго, а только полное вознагражденіе или полное удовлетвореніе. Но между тѣмъ, какъ другой въ силу своего противоправоваго дѣйствія обязанъ дать извѣстное удовлетвореніе, обиженный въ тотъ же моментъ пріобрѣтаетъ исковое право.

b) По римскому праву сюда главнымъ образомъ принадлежатъ слѣдующія четыре преступленія: furtum, rapina, damnum и injuria. ср. pr. и § 5. J. de obligat., quae ex delicto nasc. (IV. 1.) pr. J. de vi bonor.

Этого однако по естественному праву принять нельзя, ибо по идеѣ права наказаніе должно имѣть характеръ общественнаго удовлетворенія за нарушеніе юридическаго порядка въ государствѣ; а этого-то характера и лишены частныя пени, идущія въ пользу обиженныхъ [c]).— Замѣтимъ, что далеко не всѣ нарушенія права должно считать источниками самостоятельныхъ обязательствъ. Если правонарушеніе состоитъ единственно въ томъ, что кто-нибудь не исполнилъ лежащей на немъ обязанности, которая основывалась на договорѣ, уже существовавшемъ, то отъ этого неисполненія не происходитъ новое отношеніе по обязательству; скорѣе же только продолжается прежнее, а иногда оно расширяется или измѣняется, когда наступитъ срокъ удовлетворенія, такъ что кредиторъ въ это время получаетъ возможность осуществить свое исковое право силою принужденія [d]). Далѣе, предположимъ, что какое бы то ни было лицо владѣетъ чужою вещью противъ желанія ея собственника, хотя для пріобрѣтенія этой вещи овладѣвшій и не совершилъ дѣйствія, противоправоваго уже по самой своей формѣ; само собою разумѣется, подобное нарушеніе права собственности не раждаетъ самостоятельнаго обязательства между собственникомъ и владѣльцемъ вещи. Здѣсь дѣло идетъ только объ охраненіи права собственности, съ которымъ соединено непремѣнно право защиты (тяжбы, иска § 94 и 95).— Также точно и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, где фактическому нарушенію юридическаго состоянія противодѣйсвуютъ юридическими же

rapt. (IV. 2.) pr. и § 13—15. J. de lege Aquil. (IV. 3.) § 7. J. de injur. (IV. 4.). § 18. 19. и 23—25. J. de action. (IV. 6.).

c) Савиньи въ Obligationenrecht. II. стр. 302 напротивъ того мнѣнія, что всѣ цѣли наказанія одинаково прилагаются какъ къ частнымъ пенямъ, такъ и къ общественнымъ наказаніямъ. — Подробнѣе объ этомъ будемъ говорить въ естественномъ государственномъ правѣ.

d) Ср. Гёшенъ: Vorles. über d. gemeine Civilrecht II. 2. § 441.

средствами, между заинтересованными лицами не возникаетъ самостоятельныхъ обязательствъ, вытекающихъ изъ правонарушеній [e]).

§ 140.

Обязательства по различнымъ другимъ основаніямъ.

Кромѣ договоровъ и недозволенныхъ дѣйствій, содержащихъ въ себѣ правонарушеніе, бываютъ еще и другіе случаи, которые могутъ послужить основаніемъ отношенія по обязательству (такъ называемые смѣшанные случаи). Изъ нихъ должно упомянуть слѣдующіе: 1) Тѣ случаи, гдѣ существуетъ владѣніе безъ основанія, т. е. когда лицо владѣетъ чѣмъ бы то ни было, хотя и не вслѣдствіе противоправоваго дѣйствія, однако не на юридическомъ титулѣ, или, по крайней мѣрѣ, въ такое время, когда прежній титулъ уже утратилъ свою силу; между тѣмъ, такъ какъ предметъ владѣнія долженъ принадлежать другому лицу, то этому лицу долженъ быть выданъ или предметъ, или вознагражденіе, хотя бы не существовало для него права иска въ качествѣ собственника. Это бываетъ, напр., въ случаѣ уплаты долга по заблужденію, т. е. когда одинъ заплатилъ другому извѣстную сумму, считая себя его должникомъ, хотя въ дѣйствительности и не былъ долженъ; а другой принялъ сумму, думая также, что она ему слѣдовала. Другой примѣръ: кому-либо дали что-нибудь, имѣя въ виду будущее обстоятельство, а, между тѣмъ, обстоятельство это не случилось; или: лицо владѣетъ тѣмъ, что было дано ему только на время извѣстнаго отношенія, даже и по прекращеніи этого отношенія, напр., приданымъ по расторженіи брака, и т. д. 2) Управленіе дѣлами безъ порученія, т. е. когда кто бы то ни было за-

e) Ср. Савиньи ibid. II. стр. 293. seq.

ботится о чужихъ дѣлахъ, если и не противъ воли хозяина, однако безъ предварительнаго порученія съ его стороны, и притомъ въ его интересѣ; на что каждый уполномоченъ въ силу общечеловѣческаго права (§ 83. Nr. 5). Здѣсь лицо, завѣдывающее дѣлами, по самой природѣ юридическаго отношенія, установленнаго его собственнымъ свободнымъ рѣшеніемъ, обязанъ отдать хозяину отчетъ въ управленіи дѣлами, выдать то, что онъ получилъ за него, и вознаградить за малѣйшій вредъ, причиненный нерадѣніемъ или ошибкой съ его стороны; однимъ словомъ обязательство то же, какъ и въ томъ случаѣ, когда лицу дѣйствительно дано было бы порученіе, и порученіе это было бы принято имъ. 3) Имущественное юридическое общеніе, установившееся между многими лицами случайно, т. е. безъ соединенія ихъ по договору, напр., если нѣсколько лицъ вмѣстѣ получили въ даръ одну и ту же вещь. Подобное отношеніе рождаетъ между заинтересованными такія же обязательства, какія возникаютъ между членами какого-нибудь общества; именно, относительно выдачи соразмѣрной части прибыли, добытой изъ общей вещи, относительно возстановленія вреда, причиненнаго этой вещи, и уплаты сдѣланныхъ на нее издержекъ, допускаемыхъ по существу отношенія. 4) Необходимыя издержки за другаго, т. е. когда лицо, не будучи юридически обязано, и не заявивъ намѣренія совершить дареніе, сдѣлало для другаго издержки, необходимыя или для отклоненія отъ него вреда, или по другимъ обстоятельствамъ. Здѣсь именно тотъ, въ пользу кого были сдѣланы необходимыя издержки, обязанъ возвратить соразмѣрную сумму лицу истратившему, такъ какъ по разумному началу должно признать, что онъ самъ бы сдѣлалъ тѣ же траты, если бы только находился въ соотвѣтствующемъ тому положеніи; слѣдовательно, возвращеніе является не болѣе, какъ дополнительнымъ покрытіемъ расходовъ, не сдѣлать которыхъ онъ не могъ. Это бываетъ, напр., когда кто-нибудь потратился на чужую вещь, находящуюся въ его владѣніи, т. е. положилъ издержки, необходимыя для ея сохраненія (§ 94); равно если онъ, заботясь о чужихъ дѣлахъ, былъ вовлеченъ въ неминуемыя траты [a]). 5) Пожертвованіе имуществомъ для отклоненія общей опасности. Если въ случаѣ опасности, угрожающей въ одно и то же время многимъ лицамъ, для отклоненія ея будетъ пожертвовано сколько-нибудь изъ имущества того или другаго соучастника, и тѣмъ самымъ опасность будетъ дѣйствительно устранена, то само собою понятно вытекающее отсюда слѣдствіе. При равенствѣ отношенія всѣхъ участниковъ, т. е. при общей опасности, угрожавшей каждому изъ нихъ, и при такой же прибыли, проистекающей для всѣхъ ихъ изъ ея предупрежденія, очевидно, что соучастники, собственность которыхъ была спасена такимъ образомъ, обязаны соразмѣрно вознаградить своего собрата, такъ какъ изъ его имущества была пожертвована извѣстная часть именно съ этою цѣлью [b]).

Едва ли возможно вполнѣ исчерпать всѣ виды обязательствъ, которыя вытекаютъ не изъ договоровъ и преступленій, а изъ различныхъ другихъ основаній, («ex variis causarum figuris», см. прим. къ § 116). Однако иные даютъ этому слишкомъ широкій размѣръ, какъ Гуго ibid.

---

§ 140. a) Другаго мнѣнія относительно управленія дѣлами безъ порученія Кругъ ibid стр. 194 seq.

b) Это основное положеніе выставлено, правда, для одного только опредѣленнаго случая, въ lex Rhodia de jactu, и признано въ римскомъ правѣ, L. 1. D. de lege Rhod. de jact (XIV. 2) «Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est»; объ этомъ Paulus говоритъ въ L. 2. pr. D. eod. » . . . . aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.»

§ 354 и Варикёнигъ ibid. § 180. Первый причисляетъ сюда много такого, что̀ или вовсе не относится къ гражданскому праву, а скорѣе имѣетъ основаніе въ государственномъ, (наприм., «что относится къ области податей, службъ и повинностей»);—или, что̀ не образуетъ самостоятельнаго обязательства, а является слѣдствіемъ другихъ юридическихъ отношеній, (напр. «требованія на поддержаніе, вытекающія изъ семейныхъ отношеній»); далѣе—«требованія, вытекающія изъ правъ на вещь, куда относятся доходы съ чужой собственности», наконецъ «требованія, которыя вытекаютъ изъ исковъ», (напр. вслѣдствіе неправильнаго положенія вещи, о которой идетъ рѣчь). — Варнкёнигъ полагаетъ даже, что каждый разъ, какъ только можно привести въ основаніе правило справедливости: «Iniquum est nos damno alterius locupletiores fieri», можетъ быть допущено и исковое право. Но спрашивается: гдѣ же полагается предѣлъ примѣненію этого правила? Не будетъ ли поэтому и дареніе актомъ юридически обязательнымъ? Далѣе, въ договорѣ, гдѣ одна сторона, не прибѣгая къ обману, добыла себѣ денежную выгоду на счетъ другой,—не слѣдуетъ ли и здѣсь обиженному предоставить исковое право на уничтоженіе договора или право на вознагражденіе? А между тѣмъ все это явно противорѣчитъ признаннымъ основнымъ юридическимъ положеніямъ. Ср. N. e) къ § 121. — Шталь ibid. II. 1. стр. 410 seq. пытается свести обязательства «ex variis causarum figuris» къ слѣдующимъ тремъ главнымъ классамъ: «1) одни вытекаютъ изъ опредѣленія имущественнаго оборота подобно обязательствамъ по контракту», и сюда причисляетъ онъ большую часть quasi-contractus римскаго права. «2) Другія берутъ начало въ опредѣленіи иныхъ институтовъ, именно отношеній семейнаго и наслѣдственнаго, дабы осуществить вытекающія отсюда требованія. «3) Третьи существуютъ только для охраненія другихъ правъ, именно собственности». Объ этомъ третьемъ классѣ (куда несправедливо причисляется и damni infecti cautio, такъ какъ оно является все-таки въ формѣ договора. L. 7 pr. D. de damno infect. XXXIX. 2). Шталь впрочемъ самъ замѣчаетъ, что они «скорѣе actiones, чѣмъ obligationes», и тѣмъ самымъ выдѣляетъ ихъ изъ области собственно обязательствъ. Да и второй классъ не содержитъ въ себѣ самостоятельныхъ обязательствъ, а только такія, которыя связаны съ другими юридическими отношеніями, какъ ихъ слѣдствія. И такъ остается только первый классъ; означеніе же его до такой степени обще, что за исключеніемъ quasi-contactus римскаго права, нельзя вывести съ точностью и очевидностью ни одного опредѣленнаго обязательства.

§ 141.

Юридическое отношеніе между нѣсколькими соучастниками въ обязательствѣ.

Если въ одномъ и томъ же отношеніи по обязательству принимаютъ участіе болѣе двухъ лицъ, на одной или другой сторонѣ, или съ обѣихъ сторонъ вмѣстѣ, то обыкновенно каждый изъ заинтересованныхъ въ отдѣльности имѣетъ право требовать, или обязанность доставить только ту часть объекта, которая приходится на его долю. Такимъ образомъ обязательство, повидимому не сложное, разлагается въ своихъ послѣдствіяхъ на столько отдѣльныхъ обязательствъ, сколько лицъ стоитъ на одной изъ сторонъ. Но вслѣдствіе особенныхъ основаній, между нѣсколькими заинтересованными можетъ существовать отношеніе по обязательству такого рода, что исковое право каждаго изъ многихъ кредиторовъ или обязательство каждаго изъ многихъ должниковъ простирается на весь объектъ обязательства; да и притомъ долговое дѣйствіе не умножается по числу заинтересованныхъ, а напротивъ самый объектъ долженъ быть исполненъ только одинъ разъ. Подобныя юридическія отношенія обыкновенно называютъ солидарными или корреальными обязательствами (Correal-Obligationen) [a].

---

§ 141. a) Поводъ къ этимъ названіямъ подали выраженія, встрѣчающіяся въ римскомъ правѣ для подобныхъ случаевъ: in solidum obligari, L. 3. § 1. и L. 8. D. de duobus reis constit (XLV. 2.), равно

Слѣдуя началамъ естественнаго права, отношеніе по обязательству можетъ получить свойство солидарности троякимъ образомъ, именно: 1) вслѣдствіе яснаго уговора заинтересованныхъ; это можетъ оказать существенную пользу главнымъ образомъ кредитору, имѣющему нѣсколькихъ должниковъ, и доставить ему болѣе обезпеченія и удобства въ преслѣдованіи своего исковаго права [b]). 2) Вслѣдствіе недѣлимой природы самаго предмета обязательства; 3) при участіи нѣсколькихъ лицъ въ правонарушеніи; здѣсь каждый изъ участниковъ обязанъ доставить вполнѣ вознагражденіе или удовлетвореніе, слѣдуемое обиженному. Въ римскомъ правѣ кромѣ того встрѣчаются еще другіе источники солидарныхъ отношеній по обязательству [c]). — Что же касается до вопроса о послѣдующемъ разсчетѣ между соучастниками, т. е. долженъ ли кредиторъ, получившій все сполна, подѣлиться съ своими сотоварищами, и съ другой стороны, можетъ ли должникъ, уплатившій все, требовать отъ своихъ содолжниковъ соразмѣрнаго вознагражденія? — то по естественному праву [d]) въ двухъ первыхъ случаяхъ

---

singulis in solidum debetur и singuli in solidum debent или tenentur, L. 2. D. eod. и § 1. J. de duobus reis stipul. et promitt. (III. 16. или 17). и выраженіе, употребленное въ L. 3. § 3. D. de liberat. leg. (XXXIV. 3). для содолжника, обязавшагося in solidum: conreus или correus.—Однако по римскому праву должно различать собственныя корреальныя обязательства отъ другихъ просто солидарныхъ, или истинные и неистинные случаи корреальности ср. Риббентропъ: Zur Lehre von den Correal-Obligat. стр. 56. seq. стр. 83. seq. и стр. 258 seq., Шретеръ въ Zeitsch. für Civilr. u. Proz. VI. 409. seq. и Савиньи въ Obligationenr. I. § 16. 20 и 21.

b) Ср. Савиньи ibid. I. стр. 217. seq.

c) Ср. Савиньи ibid. § 17. 20 и 21.

d) О разрѣшеніи этого вопроса по римскому праву мнѣнія различны. Ср. Савиньи ibid. § 23—25.

солидарныхъ отношеній на вопросъ этотъ слѣдуетъ отвѣчать утвердительно; ибо иначе одинъ безъ достаточнаго основанія обогащался бы на счетъ другаго [e]). Напротивъ въ третьемъ случаѣ слѣдуетъ дать отвѣтъ отрицательный, такъ какъ противоправовое дѣйствіе не можетъ стать источникомъ какого-нибудь права для самаго дѣйствующаго (§ 52. Nr. 3), а слѣдовательно здѣсь нельзя искать вознагражденія за уплаченное вмѣсто другаго лица (Regressanspruch) [f]).

§ 142.

Мѣсто и время исполненія обязательствъ.

Мѣсто исполненія обязательства, если только оно не опредѣлено самою физическою необходимостью, какъ это бываетъ напр. при передачѣ или обработкѣ земли, прежде всего сообразуется съ опредѣленіемъ, ясно выраженнымъ договаривающимися сторонами; за неимѣніемъ же подобнаго опредѣленія, природа и цѣль долговаго дѣйствія могутъ также указать мѣсто его исполненія [a]). Если же от-

---

e) Сюда прилагается основное положеніе, выставленное въ L. 206. D. de regul. jur.: «Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem», или какъ это выражено въ L. 6. § 2. D. de jure dot. (XXIII. 3.): « . . . . quia bono et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.»

f) Достойно вниманія основаніе, которое приводитъ для подобнаго случая Ульпіанъ въ L. 1. § 14. D. de tutelae et ration. distrah. act. (XXVII. 3.): « . . . . quia proprii delicti poenam subit; quae res indignum eum fecit, ut a ceteris quid consequatur doli participibus. Nec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio est.»

§ 142. a) Такъ напр. услуги лицу, или касающіяся его хозяйства, должны быть исполнены на мѣстѣ пребыванія владѣльца. Взявшись за дѣла, связанныя съ извѣстнымъ мѣстомъ, должно управлять ими не иначе, какъ на этомъ самомъ мѣстѣ и т. д.

сюда нельзя вывести никакого яснаго опредѣленія, какъ напр. въ случаѣ обыкновеннаго денежнаго долга, то наиболѣе естественнымъ оказывается исполненіе обязательства тамъ же, гдѣ оно возникло. А, если и это невозможно или по обстоятельствамъ конкретнаго случая, или по вѣроятному намѣренію договаривающихся сторонъ [b]), то обязательство исполняется на мѣстѣ жительства должника. Однако передача движимой вещи, индивидуально опредѣленной, должна совершиться на томъ самомъ мѣстѣ, гдѣ вещь находится, конечно, только не вслѣдствіе неправильнаго дѣйствія со стороны должника [c]).

§ 143.

Подобно мѣсту, и время исполненія обязательства прежде всего сообразуется съ ясно выраженнымъ постановленіемъ договаривающихся лицъ. Если же нѣтъ яснаго опредѣленія времени, то обыкновенно принимается, что исполненіе обязательства должно воспослѣдовать тотчасъ же, т. е. какъ скоро оно будетъ возможно по природѣ долговаго дѣйствія вообще и по особеннымъ обстоятельствамъ конкретнаго случая. Однако и это правило допускаетъ нѣкоторыя исключенія: когда изъ самой цѣли обѣщаннаго дѣйствія вытекаетъ позднѣйшій срокъ исполненія [a]); равно, когда долговое дѣйствіе поставлено въ зависимость отъ какого-нибудь особеннаго требованія со стороны лица, уполномоченнаго на искъ, или отъ какого либо объявленія; наконецъ, когда во взаимно обязывающемъ договорѣ одно изъ дѣйствій, относительно своего объема, должно сообразоваться съ предшествующимъ дѣйствіемъ другаго контрагента [b]). — Когда же напротивъ изъ природы взаимно обязывающаго договора прямо вытекаетъ, что согласныя съ нимъ дѣйствія обѣихъ договорившихся сторонъ могутъ и должны быть исполнены одновременно, тогда (если только не было другихъ ясно выраженныхъ условій) ни одинъ контрагентъ не можетъ требовать отъ другаго исполненія прежде, чѣмъ самъ исполнитъ свою обязанность, или пока не приготовится къ ея исполненію. Во всякомъ случаѣ тотъ, кто по собственной винѣ замедлитъ исполненіемъ обязательства, долженъ вознаградить другаго контрагента за весь причиненный тѣмъ вредъ. А если вслѣдствіе замедленія должное дѣйствіе сдѣлалось или невозможнымъ, или безполезнымъ для лица, имѣющаго право иска, тогда этому лицу, при взаимно обязывающемъ договорѣ, съ его стороны исполненномъ, предоставляется требовать возвращенія того, что имъ дано, и не искать вознагражденія [c]). Тоже самое по римскому праву допускается и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ [d]).

---

b) Напр. въ случаѣ договора, заключеннаго проѣзжимъ во время его краткаго пребыванія.

c) Объ опредѣленіяхъ римскаго права, касающихся мѣста исполненія и о результатѣ, выводимомъ отсюда, см. Савиньи въ Syst. d. heut. Röm. Rechts VIII. § 370. и 371 и въ Obligationenr. I. § 49.

§ 143. a) Напр. если кто еще до сбора хлѣба подрядилъ работниковъ для молотьбы.

b) Напр. если возведеніе какого-либо зданія было подряжено такъ, что за каждую извѣстную мѣру должна быть уплачена извѣстная сумма.

c) Ср. Рѣдеръ ibid. стр. 346. Другаго мнѣнія, кажется, придерживаются Гросъ ibid. § 207. Nr. 2. и Аренсъ ibid. стр. 554. seq. Впрочемъ по римскому праву это вопросъ спорный за исключеніемъ случаевъ, приведенныхъ въ слѣдующемъ примѣчаніи (Ср. Мадай Lehre von der Mora стр. 391. seq. и по поводу этого рецензію въ Krit. Jahrb. Рихтера 1838. книга 3 стр. 267.

d) Напр. въ Innominatcontracten, которые основываются посредствомъ dare L. 5. § 1. и 2. и L. 7. D. de praescript. verb. (XIX. 5). L. 5. pr. — § 2. и L. 16. D. de condict. caus. dat. c. n. s. (XII. 4.).

§ 144.

Измѣненіе, укрѣпленіе и прекращеніе отношеній по обязательствамъ.

Отношенія по обязательствамъ, уже существующія, могутъ быть измѣнены двоякимъ образомъ: или такъ, что существующее отношеніе только видоизмѣняется, не перемѣнясь въ существенномъ, или такъ, что оно превращается въ новое отношеніе по обязательству, которое и заступаетъ мѣсто прежняго. Измѣненія перваго рода могутъ проистекать не только изъ взаимной воли обоихъ контрагентовъ, но также по винѣ одного изъ нихъ, напр., когда обѣщанное дѣйствіе по винѣ обязавшагося сдѣлалось невозможнымъ, или по его медленности стало безполезнымъ для лица, имѣющаго право требованія; такъ что здѣсь уже возникаетъ вопросъ единственно о правѣ послѣдняго искать вознагражденія, возвращенія того, что дано или сдѣлано имъ (§ 143 adf.). Напротивъ измѣненія втораго рода, по естественному праву, могутъ быть произведены только обоюдною волею контрагентовъ. Потому ни одинъ изъ нихъ не можетъ односторонне, т. е. безъ согласія другаго, перенести своего исковаго права или своего обязательства на третье лицо, долженствующее заступить его мѣсто. Но и этотъ принципъ въ положительномъ правѣ, въ виду облегченія оборота, подвергается нѣкоторымъ измѣненіямъ, напр. при уступкѣ исковаго права [a]), при отдачѣ въ наемъ нанятой вещи [b]), также при исполненіи принятаго порученія чрезъ подставное лицо [c]). Если какое-либо отношеніе по обязательству между заинтересованными подвержено сомнѣнію или спору, то сомнѣніе можетъ быть устранено различными средствами, и тѣмъ самымъ, смотря по содержанію принятыхъ мѣръ, сказанное отношеніе можетъ быть укрѣплено, а также уничтожено. Того и другаго можно достигнуть путемъ полюбовной сдѣлки, либо клятвой, соотвѣтствующей договору, чѣмъ одно изъ заинтересованныхъ лицъ подтверждаетъ истину своихъ доводовъ [d]); также рѣшеніемъ третейскаго судьи, избраннаго обѣими партіями, а наконецъ и путемъ процесса посредствомъ судебнаго приговора (§ 30 въ [a]).

§ 414. a). L. 3. C. de heredit. vel act. vend. (IV. 39.).
b) L. 6. C. de locat. et conduct. (IV. 65.).
c) L. 8. § 3. D. mandat. (XVII. 1). L. 11. и 23. C. de procurat. (II. 13.).

§ 145.

Способъ уничтоженія отношеній по обязательствамъ, соотвѣтствующій ихъ собственной цѣли, состоитъ въ исполненіи должнаго дѣйствія. Хотя обыкновенно для этого употребляется общее выраженіе уплата, однако выраженіе это удобопримѣнимо только къ очищенію долговыхъ денежныхъ суммъ. Всякое отношеніе по обязательству погашается, если исполненіе совершено: 1) передачею должнаго самому лицу, имѣющему право требованія, когда оно способно располагать своимъ имуществомъ, или же его представителю, уполномоченному на полученіе; притомъ обыкновенно самимъ обязавшимся, если только содержаніе обязательства не составляетъ такого дѣйствія, которое безъ вреда кредитору можетъ быть исполнено кѣмъ-нибудь другимъ также хорошо, какъ и самимъ обязавшимся, напр. уплата денежной суммы (§ 56); 2) вполнѣ; условіе это во взаимно обязывающихъ договорахъ, конечно, должно относиться къ исполненію обязательства обоими контрагентами;

d) Это одинъ изъ видовъ утвердительной клятвы, и потому ее слѣдуетъ отличать отъ клятвы въ смыслѣ обѣщанія, объясненной въ § 131.

при нѣсколькихъ или даже при цѣломъ рядѣ долговыхъ дѣйствій—къ ихъ совокупности, а при каждомъ отдѣльномъ дѣйствіи — къ его полному объему. 3) Надлежащимъ образомъ, т. е. согласно ясному уговору, или же сообразно съ природой и цѣлью долговаго дѣйствія, слѣдовательно въ должномъ мѣстѣ и въ должное время (§ 142 и 143); другими словами въ формѣ полнаго удовлетворенія интересовъ. Но означенное подъ Nr. 2.) условіе полноты уплаты подвергается измѣненію, когда должникъ хочетъ и можетъ выставить противъ требованія кредитора другое требованіе, въ силу котораго онъ самъ можетъ искать на кредиторѣ, т. е. захочетъ такимъ образомъ разсчитаться во взаимныхъ долгахъ, или вознаградить одно другимъ. Однако это возможно только въ томъ случаѣ, когда стоящія другъ противъ друга требованія относятся къ замѣняемымъ вещамъ одного и того же рода (что чаще всего случается съ деньгами), и обоимъ наступилъ уже срокъ. И такъ при этихъ условіяхъ должникъ можетъ тотчасъ же вычесть сумму своего исковаго требованія изъ того, что онъ обязанъ уплатить своему кредитору [a]). Если же при взносѣ долга недостаетъ хотя одного изъ вышеприведенныхъ условій, то кредиторъ не долженъ принимать предложенной ему уплаты. Въ случаѣ принятія, онъ удерживаетъ соразмѣрное съ оказавшейся недостаточею, падающей на должника, свое первоначальное исковое право, или же можетъ требовать вознагражденія, если только ясно не отказался отъ него. Понятно, что если онъ безъ достаточнаго основанія отказывается принять уплату, предложенную ему должникомъ, то послѣдній, будучи готовъ исполнить съ своей стороны все, что слѣдовало, освобождается тѣмъ самымъ отъ своего обязательства, все равно, какъ еслибы было принято полное и надлежащее исполненіе долговаго дѣйствія. Между тѣмъ римское право, признавая въ существенномъ этотъ самый принципъ [b]), изъ снисхожденія къ кредитору постановляетъ еще нѣкоторыя условія, которыя должникъ обязанъ соблюсти въ сказанныхъ случаяхъ, дабы совершенно освободиться отъ долга [c]).

§ 145. a) Напротивъ Гросъ ibid. § 228. Прим. придерживается того мнѣнія, что компенсація предполагаетъ двойной договоръ объ освобожденіи и что, слѣдовательно, въ естественномъ правѣ нѣтъ необходимой компенсаціи.

§ 146.

Кромѣ того, существуютъ еще многія другія причины, ведущія къ уничтоженію отношеній по обязательствамъ; между ними есть такія, которыя почти всегда не зависятъ отъ воли заинтересованныхъ, и такія, которыя основываются единственно на волѣ обоихъ контрагентовъ, или одного изъ нихъ. Къ первому классу причинъ уничтожающихъ относятся именно слѣдующія: 1) Смерть кредитора или должника; впрочемъ по положительному праву исковыя права и обязательства умершаго переходятъ обыкновенно къ его наслѣднику (§ 75). 2) Случайная гибель индивидуально опредѣленной вещи, которую должникъ былъ обязанъ передать [a]). Причина эта не уничтожаетъ отношенія, когда

b) L. 105. D. de verb. oblig. (XLV. 1). и L. 72. pr. D. de solut. (XLVI. 3).

c) L. 28. § 1. D. de administr. tut. (XXVI. 7). L. 9. C. de solut. (VIII. 43). L. 8. C. de distract pignor. (VIII. 28). L. 19. C. de usur. (IV. 32). Nov. 91. c. 2. Ср. Унтергольцнеръ: Lehre des Röm. Rechts von den Schuldverhältnissen I. § 220. стр. 470. seq.

§ 146. a) Замѣчательное уклоненіе встрѣчаемъ мы въ римскомъ правѣ въ договорѣ о куплѣ и мѣнѣ. Если по заключеніи договора купли, вещь проданная, но еще не переданная покупателю, случайно погибаетъ, то договоръ, не смотря на то, остается въ силѣ; а, слѣдовательно, покупатель обязанъ заплатить обѣщанную покупную цѣну, хотя и не можетъ

должникъ на какомъ-нибудь особенномъ основаніи, (наприм. при существованіи спеціальнаго уговора или вслѣдствіе замедленія съ своей стороны), обязанъ отвѣтствовать даже за случай; тогда и послѣ случайной гибели вещи, должникъ все еще несетъ на себѣ обязанность вознаградить кредитора. Напротивъ, когда должникъ обязанъ доставить вещь, опредѣленную не индивидуально, а только по роду, или же извѣстное количество замѣняемыхъ вещей (§ 42), тогда гибель подобныхъ вещей не освобождаетъ его отъ обязательства потому, что онъ можетъ и долженъ вмѣсто вещей утратившихся доставить другія изъ того же рода. — И въ обязательствѣ по выбору лица (§ 137) случайная гибель одного изъ объектовъ, подлежащихъ выбору, не освобождаетъ должника отъ обязанности доставить кредитору другой оставшійся объектъ. 3) Невозможность долговаго дѣйствія, которая является безъ вины со стороны обязавшагося [b]), хотя и не въ той формѣ, какъ означено подъ Nr. 2). Если же обязавшійся по собственной винѣ причинилъ невозможность дѣйствія, тогда онъ обязанъ вознаградить вполнѣ лицо, имѣющее право требовать. 4) Непоявленіе отлагающаго условія, которое имѣлось въ виду при заключеніи договора; и

уже получить самой вещи. § 3. J. de emt. et vend. (III. 23 или 24). L. 5. § 2. D. de rescind vend. (XVIII 5). L. 8. pr. D. de peric. rei vend. (XVIII. 6). и L 6. C. eod. (IV. 48). Точно такимъ же образомъ въ договорѣ о мѣнѣ, лицо, давшее съ своей стороны какую-либо вещь, не можетъ требовать ея обратно, если та вещь, которую слѣдовало получить въ замѣнъ отъ другаго контрагента, погибла прежде передачи. L. 5. § 1. in f. D. de praescript. verb. (XIX. 5). Однако новыя законодательства въ обоихъ договорахъ снова ввели въ силу начало естественнаго права. Ср. Прусскій Сводъ. I. Ст. II. § 100 и § 364 въ связи съ ст. 5. § 364 и 365, и Австрійскій Сводъ. § 1048. 1051. и 1064.

b) По римскому праву и эта причина не всегда уничтожаетъ обязательность взаимнаго дѣйствія. Ср. напр. L. 19 § 9. и 10 и L. 38. D. locat. (XIX. 2.) L. 1. § 13. D. de extraord. cognit. (L. 13.).

обратно: появленіе добавочнаго разрѣшающаго условія, или наступленіе договорнаго окончательнаго срока (§ 128 и 130). 5) Прекращеніе такого отношенія по обязательству, къ которому относится другой второстепенный договоръ; здѣсь отношеніе по обязательству, возникшее изъ договора, не можетъ уже существовать безъ перваго отношенія (§ 134 въ концѣ). 6) Измѣненіе такихъ обстоятельствъ, продолженіе которыхъ составляетъ существенное условіе дальнѣйшаго значенія договора или по его природѣ и цѣли, или въ силу особеннаго уговора. Напротивъ измѣненіе несущественныхъ обстоятельствъ само по себѣ не препятствуетъ дальнѣйшему дѣйствію договора [c]); однако въ положительномъ правѣ иногда особенныя соображенія ведутъ къ исключеніямъ [d]).

§ 147.

Къ причинамъ добровольнаго уничтоженія отношеній по обязательстаамъ принадлежитъ отчасти такое соглашеніе, въ силу котораго обѣ договаривающіяся стороны разрѣшаютъ другъ друга отъ ихъ взаимныхъ обязательствъ (двусторон-

c) Вотъ почему нельзя согласиться съ мнѣніемъ нѣкоторыхъ писателей, будто-бы каждый договоръ содержитъ въ себѣ молча такъ называемое условіе «rebus sic stantibus;» другими словами, что договоръ обязателенъ только до тѣхъ поръ, пока обстоятельства, при которыхъ онъ былъ заключенъ, остались тѣ же самыя. Мнѣніе это, въ его общей формѣ, оправдать нельзя, такъ какъ оно несоединимо съ разумною цѣлью договоровъ (§ 117.) и съ обезпеченностью юридическаго оборота. Ср. Веберъ: von der natürl. Verbindl. § 90. Nr. III. Гросъ ibid. § 232. прим. и Рёдеръ ibid. 348. Другаго мнѣнія Аренсъ ibid. 556. — И Цицеронъ идетъ слишкомъ далеко, утверждая de offic. I. c. 10, что договоры не должны быть сохранены, когда исполненіе ихъ приноситъ болѣе вреда должнику, чѣмъ пользы кредитору.

d) Напр. по отношенію къ дареніямъ по L. 5. C. de inofficios. donat. (III. 29.) и L. 8. и 10. C. de revoc. donat. (VIII. 56.).

ній договоръ о сложеніи или освобожденіи). Сюда же частью относится и тотъ договоръ, по которому кредиторъ прощаетъ своему должнику то, что онъ въ правѣ требовать отъ него (простой договоръ о сложеніи или освобожденіи). Наконецъ нельзя не упомянуть и объ одностороннемъ отступленіи отъ договора или отмѣненіи, которое однако допускается только тогда, когда было ясно удержано такое право, или когда это право само собою вытекаетъ изъ особенной природы договора. На этомъ основаніи въ договорахъ, разсчитанныхъ въ пользу только одной стороны, будутъ ли они принадлежать къ одностороннимъ или къ случайно взаимнымъ договорамъ (§ 135), — тотъ контрагентъ, прибыль котораго они имѣютъ въ виду, можетъ уже по естественному праву объявить съ своей стороны о прекращеніи договора и отступиться отъ него (§ 117 adf.). По положительному праву въ нѣкоторыхъ договорахъ та же свобода предоставляется другому контрагенту [a]). Но и въ существенно взаимныхъ договорахъ, имѣющихъ въ виду продолжительное отношеніе по обязательству между договаривающимися, когда договоры эти заключены на неопредѣленное время, каждый контрагентъ можетъ объявить другому о прекращеніи договорнаго отношенія, а затѣмъ и отступиться отъ договора по истеченіи извѣстнаго срока со времени объявленія о прекращеніи; — срокъ этотъ, если нѣтъ точнаго опредѣленія его, сообразуется съ обстоятельствами и отношеніями контрагентовъ. Еще далѣе идетъ римское право: въ нѣкоторыхъ договорахъ, заключенныхъ на опредѣленное время, оно даетъ тому или другому контрагенту въ извѣстныхъ случаяхъ или на основаніи извѣстныхъ причинъ право односторонняго отступленія даже до истеченія выговореннаго времени [b]). — Впрочемъ съ прекращеніемъ договора, хотя и полагается предѣлъ его дальнѣйшему дѣйствію, однако не всегда уничтожается отношеніе по обязательству, возникшее между лицами на основаніи существовавшаго доселѣ договора. Если ко времени уничтоженія договора невполнѣ еще исполнены обязательства, вытекавшія изъ его прежняго существованія, то, до ихъ исполненія, между заинтересованными все еще продолжается отношеніе по обязательству, хотя договоръ и прекратился.

§ 147. a) Именно въ mandatum, прекращеніе о которомъ можетъ быть объявлено и со стороны уполномоченнаго, лишь бы только это не случилось не во время. § 11. J. de mandat. (III. 26. или 27.) L. 22. § 11. и L. 27. § 2 D. eod. (XVII. 1.); также въ precarium, которое ссудчикъ можетъ взять назадъ во всякое время. L. 1. § 2. L. 2. § 2. L. 12. pr. и L. 15. pr. D. de precar. (XLIII. 26.).

Кромѣ поименованныхъ доселѣ (§ 144—147) естественныхъ юридическихъ причинъ, ведущихъ къ погашенію отношеній по обязательствамъ, въ положительномъ правѣ встрѣчаются еще и другія. А именно: погашающая исковая давность (§ 73), (при чемъ возникаетъ спорный вопросъ: уничтожается ли все право, на которомъ основывался искъ, или только самое право иска); распоряженіе послѣдней воли, по которому должнику завѣщано освобожденіе отъ его долга, L. 1. pr. D. de liberat. legat. (XXXIV. 3.); далѣе совпаденіе исковаго права и противостоящаго ему обязательства въ одномъ и томъ же лицѣ (confusio) вслѣдствіе наслѣдованія, L. 2. § 18. D. de hered. vel act. vend. (XVIII. 4). L. 75. и L. 95. § 2. D. de solut. (XLVI. 3); затѣмъ совпаденіе въ одномъ лицѣ двухъ лукративныхъ основаній для пріобрѣтенія, относящихся къ одному и тому же объекту, § 6. J. de legat. (II. 20.) L. 17. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.) L. 83. § 6. D. de verb. oblig. (XLV. 1.), для нѣкоторыхъ отношеній по обязательствамъ также измѣненіе личнаго юри-

b) Напр. въ societas, L. 14—16. D. pro soc. (XVII. 2.), и преимущественно въ договорѣ объ арендѣ и наймѣ, L. 54. § 1. D. locat. (XIX. 2.) и L. 3. C. eod. (IV. 65.). — L. 25. § 2. L. 27. § 1. L. 32. и L. 60. pr. D. eod.

дическаго состоянія той или другой стороны (capitis deminutio). Ср. напр. § 1. J. de acquisit. per arrogat. (III. 10. или 11.) L. 63. § 10. D. pro soc. (XVII. 2.) L. 24. pr. D. de act. emt. (XIX. 1.). Иногда исковыя права утрачиваются въ наказаніе кредитора, напр. за недозволенное самоуправство, которое онъ учинилъ относительно принадлежащаго ему исковаго права. L. 13. D. quod met. caus. gest. er. (IV. 2.) и L. 7. D. ad leg. Jul. de vi priv. (XLVIII. 7.). О другихъ подобныхъ случаяхъ см. Веберъ: von d. natürl. Verbindl. § 90. Nr. II.

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

О СЕМЕЙНЫХЪ ПРАВАХЪ И НѢКОТОРЫХЪ АНАЛОГИЧЕСКИХЪ СЪ СЕМЕЙСТВОМЪ ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОТНОШЕНІЯХЪ.

§ 148.

Понятіе и объемъ семейнаго права.

Слово семья (въ нѣмецкомъ языкѣ Familie) имѣетъ болѣе широкое и болѣе тѣсное значеніе [a]). Въ обширномъ смыслѣ слово это обнимаетъ всѣ лица, связанныя между собою бракомъ, родствомъ и свойствомъ. Родствомъ собственно называется та связь между нѣсколькими лицами, которая основана на рожденіи, т. е. на томъ, что сказанныя

§ 148. a) И то и другое только отчасти совпадаетъ съ тѣми различными значеніями, которыя имѣетъ слово familia въ римскомъ правѣ. См. объ этомъ Шиллингъ: Lehrb. f. Institut. и т. д. II. § 29. прил. 1.

лица происходятъ или другъ отъ друга (одни отъ другихъ), или отъ общаго имъ третьяго лица [b]). Свойство же есть отношеніе между однимъ изъ супруговъ и родственниками другаго, возникшее вслѣдствіе совершенія брака [c]). Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ слово семья относится только къ тѣмъ, которые стоятъ между собою въ домашней связи, вслѣдствіе брака и рожденія, именно къ супругамъ, родителямъ и дѣтямъ; этимъ словомъ означается также самая домашняя связь, существующая между сказанными лицами. Въ выраженіи семейное право разумѣется болѣе тѣсное значеніе семьи; такъ какъ самое выраженіе это главнымъ образомъ и прежде всего примѣняется только къ ученію о юридическомъ отношеніи между супругами и между родителями и дѣтьми. Есть еще нѣкоторыя юридическія отношенія, которыя образованы по аналогіи съ естествеными семейными связями и которыя могутъ въ извѣстной степени замѣнить ихъ или восполнить. Таковы: юридическое отношеніе между воспитателями и питомцами, между опекуномъ и опекаемымъ, между господами и ихъ слугами или работниками. Вотъ почему объясненіе этихъ отношеній легко присоединить къ изложенію собственно семейныхъ отношеній.

b) Ср. Гуго въ Civil. Magaz. IV. 184. и 185. — Кромѣ естественнаго родства въ положительномъ правѣ есть еще родство чисто юридическое, которое имѣетъ другія основанія, а не дѣйствительное рожденіе, напр. усыновленіе. L. 4. § 2. D. de grad. et affin. (XXXVIII. 10.).

c) Подъ это понятіе подводится, слѣдовательно, не только свойство, но и сводное родство (Stiefverwandtschaft); послѣднее однако не въ обыкновенномъ объемѣ слова, а только въ той мѣрѣ, въ какой одинъ изъ супруговъ, какъ сводный родственникъ, относится къ истинному родственнику другаго. Вотъ почему отчимъ и мачиха находятся въ свойствѣ съ сводными дѣтьми, тогда какъ между такъ называемыми сводными братьями и сестрами нѣтъ этого отношенія. Ср. Гуго loco cit. 189—192.

Если право наслѣдства признавать институтомъ естественнаго права, то въ философской юридической системѣ совершенно послѣдовательно причислить къ семейному праву и наслѣдованіе по закону, какъ слѣдствіе, вытекающее изъ семейнаго союза, что и дѣлаютъ напр. Гегель въ св. Naturr. § 178, Шталь въ св. Philos. d. Rechts II. 1. 422. seq. и 499. seq. и Аренсъ въ св. Rechtsphilos. 570 и 600 seq. Однако наслѣдованіе по закону также трудно вывести изъ началъ естественнаго права, какъ и всякій другой видъ наслѣдственнаго права см. § 76. — Впрочемъ Гегель ibid. § 170. понимаетъ семью, какъ общее и непреходящее лицо, которое ощущаетъ «потребность въ постоянномъ и обезпеченномъ владѣніи, въ имуществѣ». Семейное имущество, по его мнѣнію (§ 171), есть «общая собственность, такъ что ни одинъ членъ семьи не имѣетъ частной собственности, но каждый имѣетъ право на общее имущество». — Аренсъ ibid. § 570 называетъ семью «основнымъ обществомъ (или Persönlichkeits-Gesellschaft)»; основная же цѣль этого общества есть «личность и союзъ личностей», «съ помощью и въ средѣ котораго осуществляются особенныя цѣли жизни». См. напротивъ прил. къ § 172.

§ 149.

Природа семейныхъ правъ.

Права, возникающія изъ семейныхъ отношеній (семейныя права), совпадаютъ съ исковыми правами или отношеніями по обязательствамъ въ томъ, что они имѣютъ мѣсто только между опредѣленными лицами; притомъ они уполномочиваютъ и обязываютъ извѣстными дѣйствіями, которыя отчасти имѣютъ также характеръ исковыхъ правъ и соотвѣтствующихъ имъ обязательствъ, напр. обязанность содержанія. Съ другой стороны, кромѣ различія въ происхожденіи и прекращеніи, исковыя и семейныя права главнымъ образомъ отличаются другъ отъ друга тѣмъ, что исковыя права имѣютъ содержаніемъ часто одно какое-либо, или отдѣльныя опредѣленныя дѣйствія,

а семейныя права обнимаютъ всегда цѣлый рядъ дѣйствій, продолжающійся ради существованія семейнаго отношенія. Потомъ, предметъ отношеній по обязательствамъ можетъ быть опредѣленъ по произволу договаривающихся сторонъ; а содержаніе семейныхъ отношеній существенно опредѣляется уже природою человѣка, и, слѣдовательно, носитъ въ себѣ гораздо болѣе характеръ необходимости [a]). Наконецъ почти всѣ исковыя права безъ исключенія принадлежатъ къ имущественнымъ правамъ (§ 46. N. g); напротивъ семейныя сами по себѣ не имѣютъ существеннаго отношенія къ имуществу [b]); а потому соотвѣтствующія имъ дѣйствія не всѣ необходимо имѣютъ вещную или денежную стоимость, и, слѣдовательно, не всѣ могутъ быть замѣнены эквивалентомъ. Притомъ семейныя права идутъ далѣе исковыхъ; они распространяются на самыя лица, принадлежащія къ семьѣ, на сколько это вытекаетъ изъ природы и цѣли отношенія. Вотъ почему они принадлежатъ къ правамъ на другія лица (§ 46. Nr. 4) и могутъ быть отчасти также названы правами власти (Herrschaftsrechte). Далѣе, къ особенностямъ семейныхъ правъ должно отнести и то, что они никогда не бываютъ односторонніе, а всегда взаимныя, хотя и съ различнымъ содержаніемъ въ приложеніи къ различнымъ членамъ семьи; равно и то, что они большею частью въ одно и то же время имѣютъ характеръ обязанностей, а потому связаны съ извѣстными лицами и притомъ неотчуждаемы [c]). — Впрочемъ семейныя отношенія не имѣютъ чисто юридическаго характера, а скорѣе смѣшаны съ нравственнымъ элементомъ, что собственно и составляетъ основ-

---

§ 149. a) Ср. Савиньи въ Syst. d. heut. Röm Rechts. I. 343.
b) О противоположномъ мнѣніи Гегеля см. прил. къ § 148.
c) Ср. Шталь ibid. II. 1. 425.

ной характеръ и наиболѣе выдающуюся черту семьи [d]). Отсюда слѣдуетъ не только то, что не всѣ права и обязанности въ семьѣ имѣютъ характеръ принудительныхъ правъ и обязанностей, но и то, что упомянутое нравственное начало семьи вліяетъ образовательнымъ образомъ на возникающія въ ней юридическія отношенія.

§ 150.

О бракѣ. — А) Понятіе и цѣль его.

Понятіе о бракѣ прилагается только къ соединенію лицъ различнаго пола. При научномъ опредѣленіи его цѣли, конечно, нельзя принять во вниманіе субъективныя и индивидуальныя цѣли, преслѣдуемыя отдѣльными лицами при вступленіи въ бракъ; такъ какъ эти цѣли могутъ быть въ высшей степени случайны и разнообразны, то нужно имѣть въ виду только то, что само по себѣ вообще, слѣдовательно сообразно природѣ и назначенію человѣка, способно стать цѣлью брака [a]). Нѣтъ сомнѣнія, что Провидѣніе при сотвореніи міра установило сохранить человѣческій родъ и привести его къ

---

d) Ср. Савиньи ibid. I. 347. и Шталь ibid. II. 1. 423 seq. — Потому Гегель ibid. говоритъ о семьѣ въ томъ отдѣлѣ, который носитъ заглавіе «нравственность» (die Sittlichkeit), и высказывается о существѣ семьи § 158. слѣдующимъ образомъ: «Семья опредѣляется любовью, какъ непосредственною сущностью духа, его единствомъ, ощущающимъ себя; такъ что главная цѣль семьи — самосознаніе въ этомъ единствѣ своей индивидуальности, существующей самой для себя, дабы быть въ немъ не лицомъ для себя, а сочленомъ».

§ 150. а) Прямо противоположное утверждаетъ Эберти въ св. Vers. auf d. Gebiete des Naturr. 74. seq.: «какова цѣль брака, т. е. ради чего онъ заключается, это конечно, лучше всего должны знать лица, вступающія въ бракъ». Но здѣсь очевидно, онъ смѣшиваетъ субъективное намѣреніе отдѣльныхъ лицъ при вступленіи въ бракъ съ объективною цѣлью, или съ назначеніемъ брака самаго по себѣ.

его назначенію. Физическое же сохраненіе человѣческаго рода, такъ какъ каждый отдѣльный человѣкъ есть существо смертное, обусловлено постояннымъ нарожденіемъ новыхъ человѣческихъ существъ; а рожденіе по закону природы можетъ случиться не иначе, какъ путемъ тѣлеснаго соединенія лицъ различнаго пола, въ чемъ и состоитъ естественное удовлетвореніе половаго влеченія. Потому на дальнѣйшее распространеніе рода человѣческаго, возможное только при этомъ условіи, должно смотрѣть, какъ на составную часть цѣли брака, соотвѣтствующей природѣ и назначенію человѣка [b]). Но такъ какъ родившіеся въ самомъ раннемъ періодѣ

---

b) Кантъ въ св. Metaphys. Anfangsgr. d. Rechtsl. 107. потому не хочетъ признать дѣторожденія существенною цѣлью брака, что иначе, какъ скоро прекратилось дѣторожденіе, самъ собой уничтожился бы и бракъ. Но основаніе это оказывается слишкомъ недостаточнымъ, если вмѣстѣ съ дѣторожденіемъ принять и другія цѣли брака, которыя могутъ быть достигнуты даже и по прекращеніи дѣторожденія.—Признавая многообразную цѣль брака, мы тѣмъ самымъ отстраняемъ слѣдующее возраженіе Аренса ibid. 576: если бы цѣль брака заключалась въ дѣторожденіи, (чего онъ самъ впрочемъ опровергнуть не могъ стр. 576. и 577), тогда законы не могли бы дозволить «вступать въ бракъ людямъ слишкомъ уже старымъ для того, чтобы имѣть дѣтей». — Шталь ibid. II. 1. 429. правда, признаетъ дѣторожденіе цѣлью брака, но называетъ это «цѣлью, стоящею внѣ самаго брака». Если такъ, то дѣторожденіе слѣдовало бы считать не болѣе какъ второстепенною цѣлью брака. А отсюда можно было бы вывести, что и тѣ лица, для которыхъ дѣторожденіе физически невозможно, напр. кастраты, могутъ также вступать въ законный бракъ (хотя самъ Шталь стр. 430. подобные браки считаетъ недозволительными); мало того, можно было бы сказать, что и внѣ брака дѣторожденіе дозволено и юридически, и нравственно! И такъ во всякомъ случаѣ дѣторожденіе должно быть причислено къ существеннымъ цѣлямъ брака вообще, хотя достиженіе этой цѣли лежитъ не только въ одной власти супруговъ. — Напротивъ Эберти ibid. 74. говоритъ напрямикъ: «полагать цѣль брака въ рожденіи дѣтей, — значитъ прямо противорѣчить существу вещи. Размноженіе человѣческаго рода достигается въ бракѣ только вмѣстѣ съ другими цѣлями».

своего существованія находятся еще въ совершенно незрѣломъ и безпомощномъ состояніи, то для физическаго сохраненія человѣческаго рода необходимы ихъ питаніе и охраненіе, слѣдовательно уходъ. Далѣе Богъ далъ человѣку не только тѣлесныя, но и духовныя, нравственныя задатки и силы. Отсюда слѣдуетъ, что для того, чтобы новорожденный человѣкъ достигъ своей цѣли, необходимо также споспѣшествовать его развитію, руководить и упражнять всѣ его задатки и силы, другими словами нужно воспитаніе. Теперь понятно, что какъ уходъ, такъ и воспитаніе заключаются въ цѣли брака, соотвѣтствующей природѣ и назначенію человѣка [c]). Далѣе въ человѣческую природу вложено стремленіе къ благу и счастью; а стремленіе это, такъ какъ оно сообразно съ природою, нельзя не одобрить даже съ нравственной точки зрѣнія, лишь бы оно не преступало должныхъ предѣловъ, или не заявляло бы о себѣ безнравственными дѣйствіями, и тѣмъ не становилось въ прямое противорѣчіе съ высшимъ назначеніемъ человѣка. Равнымъ образомъ и тотъ, и другой полъ надѣленъ отъ природы свойственными каждому способностями и силами, которыя по естественному закону половой любви должны дѣйствовать вмѣстѣ съ силами другаго пола и притомъ должны взаимно пополнять другъ друга. Такимъ образомъ, по закону природы, только соединеніемъ и совмѣстнымъ дѣйствіемъ этихъ различныхъ силъ, слѣдовательно только внутреннею связью лицъ различнаго пола, направленною на взаимное пополненіе индивидуальности, можетъ быть основано и споспѣшествуемо возможно полное ихъ земное благо и счастье [d]). А если такъ, то цѣлью брака, соотвѣтствующею

c) Ср. Кругъ: Dikäologie 455. seq.

d) О мнѣніи Фихте въ его Tugendlehre 449, конечно преувеличенномъ: «что холостое лицо только въ половину человѣкъ», см. Гуго въ Lehrb. d. Naturr. § 216. N 1).

природѣ и назначенію человѣка, должно признать возможно большее споспѣшествованіе взаимному благу и счастью супруговъ [e]). На основаніи всего сказаннаго, бракъ можетъ быть опредѣленъ такъ: это есть союзъ, заключенный между лицами различнаго пола для рожденія, вскормленья и воспитанія дѣтей, и для возможно бóльшаго споспѣшествованія ихъ собственному взаимному благу и счастью.

§ 151.

Очевидно, что упомянутыя цѣли брака въ ихъ совокупности могутъ быть достигнуты не преходящимъ, а только продолжающимся союзомъ супруговъ. А такъ какъ связь между супругами, и вообще семейный союзъ завязывается тѣмъ крѣпче, чѣмъ долѣе существуетъ бракъ, то очевидно, что союзъ, заключенный на все время жизни супруговъ и направленный на нераздѣльное общеніе жизни, болѣе всего соотвѣтствуетъ совокупной брачной цѣли, и, слѣдовательно, по идеѣ брака единственно дозволителенъ [a]). Неоспоримо также, что только бракъ, ограниченный двумя лицами (моногамія), болѣе всего ведетъ къ достиженію совокупной цѣли брака, тогда какъ одновременная полигамія противорѣчитъ единству семейной жизни, необходимой для воспитанія дѣтей и для взаимнаго блага супруговъ; въ особенности же полигамія противорѣчитъ полной личной преданности супруговъ, составляющей нравственный элементъ брака [b]).

e) Ср. Кругъ ibid. 455. и 457. seq.

§ 151. a) Ср. Кругъ ibid. § 106. Напротивъ Гросъ въ св. Lehrb. d. philosoph. Rechtswiss. § 269. того мнѣнія, что изъ общей цѣли брака нельзя вывести юридической необходимости вступать въ бракъ на все время жизни. Это положеніе Аренсъ ibid. 579. называетъ безсмысленнымъ.

b) Различныя мнѣнія объ этомъ приводитъ Варнкёнигъ въ св. Rechtsphilos. § 143. — Даже и тѣ, которые утверждаютъ, что изъ общей цѣли

И такъ, принимая во вниманіе всѣ эти разумные признаки брака, должно прежде въ § 150 данное опредѣленіе пополнить такимъ образомъ: бракъ по своему истинному существу есть союзъ, заключенный между двумя лицами различнаго пола для рожденія, вскормленья и воспитанія дѣтей и для возможно бо̀льшаго споспѣшествованія ихъ собственному взаимному благу и счастью; союзъ, заключенный на все время жизни, направленный на нераздѣльное общеніе жизни. Это отношеніе подъ вліяніемъ нравственныхъ чувствъ и помысловъ, т. е. взаимной любви, уваженія, участія и личной преданности, должно возвыситься до наиболѣе внутренняго союза, проникающаго и облагораживающаго всю домашнюю жизнь. Въ этомъ состоитъ нравственный элементъ

брака нельзя вывести исключительной правомѣрности моногаміи, должны однако согласиться, (напр. Гросъ ibid. § 268. прим. 1), что полигамія, несообразна ни съ обыкновеннымъ числовымъ отношеніемъ обоихъ половъ, ни съ нравственными цѣлями брака. Ср. также Эберти ibid. 76. О правильномъ отношеніи мужскихъ и женскихъ рожденій по статистическимъ изслѣдованіямъ см. Варнкёнигъ ibid. 310, а о другихъ невыгодныхъ сторонахъ многоженства см. Гуго ibid. § 217. и Рёдеръ въ св. Grundz. d. Naturr. 363. seq. — Крайне справедливо замѣчаетъ Савиньи ibid. I. 346. N (a), что полигамію «должно разсматривать, какъ низшую ступень въ нравственномъ развитіи пародовъ»; еще ближе характеризуетъ Шталь ibid. II. 1. 428. естественную ступень, которой принадлежитъ полигамія, какъ такую, «гдѣ положительно нѣтъ характера личности, и гдѣ съ другой стороны главная цѣль есть плодовитость». Не смотря на то Савиньи loco cit. объясняетъ существованіе моногаміи «какъ положительный юридическій институтъ», какъ будто бы эта форма брака была впервые изобрѣтена и введена положительнымъ правомъ; тогда какъ она основана на истинномъ существѣ и нравственномъ характерѣ брака, и потому должна быть разсматриваема, какъ такая форма, которая вызвана самой идеею брака и которая въ положительномъ правѣ не болѣе, какъ только признана. — Еще далѣе идетъ Варнкёнигъ, утверждая ibid. § 144. 313: «что каждый бракъ . . . . есть необходимо положительный юридическій институтъ».

брака [c]), который, конечно, лежитъ внѣ сферы юридическаго принужденія.

Уже римскіе юристы признали и выразили въ своихъ опредѣленіяхъ, что бракъ по своему общему существу и цѣли направленъ на нераздѣльное общеніе жизни супруговъ. § 1. J. de patria potest. (I. 9.) «Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens.» L. 1. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) «Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.» (Послѣднія слова этого опредѣленія ближе всего, конечно, должно отнести къ древнему in manum conventio и его послѣдствіямъ; ихъ не слѣдуетъ принимать буквально для Юстиніанова права. (Ср. Глюкъ Erläut. d. Pandect. XXIII. 131 сл.). Но что и дѣторожденіе причислялось у римлянъ къ существеннымъ цѣлямъ брака, очевидно не изъ одной формулы, употребляемой часто для обозначенія серьозно понятаго брака: liberorum quaerendorum (или creandorum или procreardorum или suscipiendorum) causa uxorem ducere или habere, (ср. Глюкъ ib. XXIII. 137 и Савиньи въ Zeitsch. für geschichtl. Rechtswiss. V, кн. 3, стр. 271 seq.). Тоже самое явствуетъ въ особенности изъ условія зрѣлости (Pubertät), необходимаго для дѣйствительнаго заключенія брака, Ulp. Fr. V. § 2. и pr. J. de nupt. (I. 10.); также изъ лишенія кастратовъ возможности вступать въ законный бракъ, L. 39. § 1. D. de jure dot. (XXIII. 3.); равно изъ наказаній за бездѣтство, введенныхъ силою lex Papia, хотя снова уничтоженныхъ въ новомъ римскомъ правѣ. Gaj. Inst. II. § 286. и L. 1. C. de infirmand. poen. . . . orbitatis. (VIII. 58.). Данное Кантомъ ib. 107 опредѣленіе брака, какъ «союза двухъ лицъ различнаго пола для взаимнаго пожизненнаго владѣнія ихъ половыми свойствами», нельзя одобрить не только по его одностороннему и недостойному пониманію брака, цѣль котораго сводится къ одному чувственному наслажденію, —

---

c) Потому-то Шталь ibid. II. 1. 428. опредѣляетъ бракъ «какъ естественное отношеніе, возведенное въ нравственное».

въ этомъ отношеніи оно уже было порицаемо многократно; опредѣленіе это несостоятельно еще и потому, что владѣніе въ юридическомъ смыслѣ можетъ относиться только къ вещамъ, а не къ лицамъ и ихъ качествамъ (§ 90.). — Прямо противоположно понимаетъ бракъ Гегель id. § 161, какъ «непосредственное нравственное отношеніе», и полагаетъ его нравственную сторону по § 163 «въ сознаніи этого единства» (именно духовнаго единства обоихъ лицъ различнаго пола) «какъ субстанціальной цѣли, слѣдовательно въ любви, довѣріи и общеніи всего индивидуальнаго бытія.» Однако въ прил. къ § 161 (стр. 224. 2 изд. 1833 г.) онъ отвергаетъ мнѣніе, «полагающее бракъ только въ любви», ибо любовь, какъ ощущеніе, допускаетъ всегда случайность, что несовмѣстимо съ нравственнымъ; а потому ближайшее опредѣленіе онъ выражаетъ такъ: «бракъ есть любовь юридически нравственная, вслѣдствіе чего въ ней исчезаетъ все преходящее, произвольное и чисто субъективное. «Въ этомъ согласенъ съ нимъ и Эберти id. стр. 74. Не смотря на то, и это опредѣленіе брака недостаточно: оно обозначаетъ только внутренній мотивъ сказаннаго отношенія, а не самое отношеніе. Да и потомъ опредѣленіе это можетъ быть отнесено точно также и къ другимъ отношеніямъ, гдѣ должна господствовать «юридически нравственная любовь,» напр. къ отношенію родства, въ особенности между родителями и дѣтьми. Только это послѣднее возраженіе, но отнюдь не первое, мы можемъ отстранить, если вмѣстѣ съ Савиньи въ Syst. d. heut. Röm. Rechts I. 347. N. (b) пополнимъ выраженіе «юридически нравственная любовь» такимъ образомъ: «юридически нравственная половая любовь.» Шталь id. II. 1. 429. seq. опредѣляетъ юридическое понятіе брака (подобно опредѣленію Модестина, приведенному выше изъ пандектъ) такъ: «союзъ обоихъ половъ для полнаго общенія жизни и права.» Но послѣднее выраженіе обнимаетъ слишкомъ много; ибо изъ него вытекала бы необходимость общенія имущества между супругами, о которомъ, впрочемъ, самъ Шталь стр. 456 говоритъ, что «оно никакъ не обосновано въ существѣ брака.» Онъ подразумѣваетъ, слѣдовательно, юридическое общеніе супруговъ только въ извѣстныхъ отношеніяхъ, и именно сводитъ его на стр. 430 N. 3 «къ общенію ранга, званія, судебнаго вѣдомства, завѣщанія дѣтямъ.» Но что юридическое общеніе въ первыхъ трехъ пунктахъ, и безъ того основанныхъ прямо на положительныхъ юридическихъ установленіяхъ, есть только обыкновенное, а не существенное свойство и слѣдствіе брака, — это очевидно изъ того, что оно не встрѣчается въ неравныхъ бракахъ, напр. въ морганатическихъ, которые признаются однако дѣйствительными. А завѣщаніе дѣтямъ, по крайней мѣрѣ, не можетъ быть причислено къ естественнымъ юридическимъ послѣдствіямъ брака. (§ 76.). — Аренсъ id. 572 и 575 совершенно справедливо полагаетъ цѣль брака въ полномъ личномъ единеніи супруговъ; но въ болѣе точной характеристикѣ брака, по его различнымъ сторонамъ и направленіямъ, онъ принимаетъ многое, что скорѣе должно считаться случайнымъ, нежели относиться къ его сущности. Такъ на стр. 573 бракъ между прочимъ долженъ быть «союзомъ для духовнаго развитія въ наукахъ и искусствахъ,» «въ извѣстной степени даже промышленнымъ обществомъ,» а наконецъ и «юридическимъ обществомъ.» — Подобныя мнѣнія высказалъ и Рёдеръ id. стр. 354.

§ 152.

В) Вступленіе въ бракъ.

Бракъ вообще необходимъ для физическаго и нравственнаго существованія человѣчества [a]). Не смотря на то, по его особенной природѣ и особенной цѣли, вступленіе въ бракъ извѣстныхъ лицъ можетъ имѣть основаніемъ только ихъ добровольное соглашеніе [b]). Заявленіе этого согласія

§ 152. a) Это оспариваетъ Гуго ibid § 212—214.

b) Замѣчательно, что Гуго ibid. § 233. считаетъ ненужнымъ для дѣйствительности брака согласіе обѣихъ сторонъ, и въ § 235. говоритъ, что не въ немъ, по крайней мѣрѣ, главное дѣло. Нужно ли и на сколько необходимо для законнаго брака согласіе не только двухъ главныхъ, но и другихъ, лицъ, въ особенности ихъ родителей, — все это можетъ опредѣлить одно положительное право. Мы же замѣтимъ, что изъ любви, должной ро-

имѣетъ характеръ **договора** въ той мѣрѣ, въ какой бракъ кромѣ своего нравственнаго элемента образуетъ также юридическое отношеніе между супругами, которое и должно быть разсматриваемо согласно общимъ условіямъ договоровъ [c]). Вотъ почему заявленіе это называется также **брачнымъ договоромъ** или **сговоромъ**, когда дѣло идетъ о **будущемъ вступленіи** въ бракъ. Не смотря на то, этотъ договоръ отличается отъ договоровъ обыкновенныхъ, касающихся отношеній по обязательствамъ или же вещныхъ правъ, прежде

дителямъ, вытекаетъ уже для дѣтей, по крайней мѣрѣ нравственная обязанность не вступать безъ ихъ согласія въ такое важное жизненное отношеніе, которое касается интересовъ самихъ родителей. Объ относящихся сюда опредѣленіяхъ римскаго права см. Ulp. Fr. V. § 2. paul. sent. II. 19. § 2. L. 2. D. de ritu nupt. (XXIII. 2) pr. L. de nupt. (I. 10.) и L. 1. 12. 18. и 20. C. eod. (V. 4.), а о другихъ постановленіяхъ новѣйшихъ правъ см. Рихтеръ: Lehrb. des Kirchenrechts § 254.

c) Гегель ibid. § 75. въ прим. считаетъ непозволительнымъ и даже постыднымъ подводить бракъ подъ понятіе договора; съ нимъ можно согласиться на столько, на сколько существо самаго брака не опредѣляется договоромъ, а сообразуется съ собственными условіями и законами, присущими идеѣ брака (на этомъ основаніи и Рихтеръ ibid. § 248. лишаетъ бракъ свойства договора). Не смотря на то, вступленіе въ бракъ извѣстныхъ лицъ не можетъ быть сведено ни къ какому другому юридическому источнику, какъ къ договору между ними. Ср. Савиньи ibid. III. 320. seq — Конечно, въ римскомъ правѣ (за исключеніемъ того, что повѣствуетъ Gellius N. A. IV. 4. о древнемъ правѣ Latium), слово contractus никогда не прилагается къ браку или къ изъявленію согласія на вступленіе въ этотъ союзъ, ибо слово это относятъ только къ обязательствамъ съ имущественнымъ юридическимъ содержаніемъ или такимъ же предметомъ, а сюда бракъ не принадлежитъ. Ср. Гуго въ Civil. Magaz. I. 200. (изданіе 3-е). Но когда онъ же (Lehrb. d. Naturr. § 233. N. 1) порицаетъ употребленіе выраженія «контрактъ» о бракѣ потому, что изъ контракта вытекаетъ «только одно требованіе», то основаніе это далеко не всегда достаточно. Ср. § 115. N. c). — Шталь ibid. II. 1. 413. N. **), желая предотвратить недоразумѣніе, будто самъ бракъ есть договоръ, называетъ его заключеніе «договорнымъ актомъ» (Vertragsakt). Неодобрительно отзывается объ этомъ Аренсъ ibid. стр. 579. N. **).

всего по своему предмету и цѣли: онъ направленъ не на дѣйствія и права, имѣющія вещную или денежную стоимость, а на жизненное отношеніе высшаго разряда, которое полагаетъ также основаніе **правамъ на лица**; кромѣ того онъ отличается и особенными ограниченіями какъ относительно своего содержанія, такъ и послѣдствій. Что касается до содержанія этого договора, то здѣсь нельзя постановить дѣйствительнымъ образомъ ничего такого, что вообще не соединимо съ нравственнымъ и юридическимъ характеромъ брака [d]). Въ особенности же, къ договору этому нельзя прибавить ни конечнаго срока, ни разрѣшающаго условія, такъ какъ бракъ по своему истинному понятію простирается на все время жизни супруговъ (§ 151).

§ 153.

Что же касается послѣдствій сказаннаго договора, то въ силу того, что бракъ есть отношеніе, которое разумнымъ образомъ не можетъ и не должно имѣть мѣста безъ взаимнаго согласія обѣихъ сторонъ, согласіе же это лежитъ внѣ юридическаго принужденія, — изъ сговора, очевидно, нельзя вывести ни принудительнаго права, ни такой же обязанности на его исполненіе [a]). Скорѣе же исполненіе это слѣдуетъ

d) Ср. Шталь ibid. II. 1. 431. и Аренсъ ibid. 579. — Къ постановленіямъ, несоединимымъ съ цѣлью и нравственнымъ достоинствомъ брака, должно, конечно, причислить и назначеніе договорной пени на случай, если та или другая сторона не захочетъ согласно данному обѣщанію сочетаться бракомъ Въ римскомъ правѣ это признано за основное положеніе, L. 134. pr. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) « . . . . inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi . . . . », впрочемъ съ нѣкоторымъ измѣненіемъ въ L. 5. in f. C. de sponsal. (V. 1.) (verb. nisi specialiter etc.)

§ 153. a) Тоже самое признаетъ и Римское право L. 1. C. de spons. (V. 1.) и L. 14. C. de nupt. (V. 4.); напротивъ каноническое во всякомъ случаѣ знакомо съ искомъ совершенія брака, c. 10. 17 и 22. X de spons.

разсматривать, какъ обязанность любви или совѣсти (§ 10). Далѣе, такъ какъ бракъ по своей идеѣ не имѣетъ также въ виду выгоды, то при нежеланіи одной стороны исполнить сговоръ, другая не получаетъ еще права искать вознагражденія [b]) исключая развѣ только того случая, когда вслѣдствіе помолвки другая сторона уже издержалась для ожидаемаго брака, и, слѣдовательно, потерпѣла положительный убытокъ [c]). Между тѣмъ и это ограниченное право на вознагражденіе уничтожается само собой, если сговоръ на какомъ-либо основаніи оказывается недѣйствительнымъ, и если притомъ виновата именно та сторона, которая потерпѣла положительный убытокъ отъ издержекъ. Недѣйствителенъ же сговоръ бываетъ при существованіи какого нибудь недостатка въ соглашеніи договаривающихся сторонъ (§ 119—122.) [d]), или же вслѣдствіе физической и моральной невозможности того, въ чемъ услови-

(IV. 1.) Подробнѣе объ этомъ см. у Рихтера въ Lehrb. des Kirchenrechts § 271. Nr. V.

b) Нѣчто иное имѣло силу въ древнемъ правѣ Latium. Ср. Gellius N. A. IV. 4. и объ этомъ же Гушке въ Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswiss. X. 315. seq.

c) Рёдеръ ibid. стр. 361. считаетъ право на вознагражденіе вреда вполнѣ обоснованнымъ «только въ случаѣ доказуемаго обмана (напр. развратомъ), а потому только въ случаѣ дѣйствительнаго нанесенія вреда одною изъ сторонъ другой».

d) Шталь ibid. II. 1. 432. полагаетъ, что основныя юридическія положенія о соглашеніи существенно измѣняются при заключеніи брака, сообразно съ самою его природою, и причисляетъ сюда напр. «ограниченное дѣйствіе заблужденія». Однако несущественное заблужденіе, по болѣе вѣрному возрѣнію, и въ обыкновенныхъ договорахъ не препятствуетъ ихъ дѣйствительности (Ср. прил. къ § 119.); а заблужденіе существенное и въ брачномъ договорѣ должно считаться препятствіемъ его дѣйствительности или его обязательной силѣ; напр. заблужденіе одной стороны насчетъ абсолютной неспособности другой къ дѣторожденію (ср. Кругъ ibid. 191), также «Заблужденіе насчетъ беременности невѣсты», которое, кажется и Шталь ibid. II. 1 434. считаетъ существеннымъ.

лись при помолвкѣ (§ 123 и 124). Послѣдняя, кромѣ того, недѣйствительна и вслѣдствіе другихъ препятствій къ браку вытекающихъ изъ его особенной природы (§ 154 и 155). Впрочемъ по естественному юридическому возрѣнію бракъ считается совершившимся, какъ скоро лица, желающія вступить въ это отношеніе, подтверждаютъ свое общее намѣреніе тѣмъ, что приступаютъ къ брачному сожитію [e]). Для этого, правда, нѣтъ необходимости ни въ какихъ формальностяхъ [f]). Но уже изстари въ христіанской церкви и подъ ея вліяніемъ были введены извѣстные церковные торжественные обряды для совершенія брака [g]), чтобы тѣмъ самымъ

e) Кантъ ibid. стр. 110 полагаетъ, что брачный договоръ «исполняется только при посредствѣ брачнаго сожитія» (copula carnalis); того же мнѣнія и Кругъ ibid. § 109, а равно и Гросъ ibid. прим. 2. къ § 266. ср. съ § 265. adf. Но все это можно было бы принять только тогда, когда бы сущность и цѣль брака заключались единственно въ половомъ соединеніи въ тѣсномъ смыслѣ, и если бы притомъ не было преждевременнаго concubitus и вообще внѣ брачной связи.— Въ противоположную крайность впадаетъ Шталь, утверждая ibid. II. 1. 413., «что согласіемъ бракъ также приводится въ исполненіе». Но развѣ сговоръ не основывается также на согласіи? И какимъ образомъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ брачное согласіе было изъявлено безъ свидѣтелей и не гласно, будетъ распознаваемо совершеніе брака для другухъ заинтересованныхъ, если бы оно зависѣло только отъ согласія? Конечно, въ римскомъ правѣ читаемъ: «Nuptias non concubitus, sed consensus facit», L. 30. D. de regul. jur. (L. 17.), или же: «non coïtus matrimonium facit, sed maritalis affectio», L. 32. § 13. D. de donat. int. vir et ux. (XXIV. 1.); однако у римлянъ существовали извѣстные внѣшніе обычаи, которые имѣли цѣлью опредѣлить начало брака, или поставить внѣ сомнѣнія его дѣйствительное совершеніе. Ср. Глюкъ ibid. XXII. стр. 392. seq.

f) Напротивъ Гуго ibid. § 234. находитъ «совершенно естественнымъ, чтобы начало брака связывалась съ формальностями, главнымъ образомъ съ цѣлью сдѣлать его всѣмъ извѣстнымъ.» А Рёдеръ ibid. 359. считаетъ «публичное заявленіе о намѣреніи заключить бракъ» вообще существенною внѣшнею формою совершенія брака.

g) Первые слѣды этого видны уже въ концѣ втораго или въ началѣ третьяго столѣтія по Р. Хр. Ср. Глюкъ ibid. XXIV. стр. 336. seq. и

придать еще большее освященіе этому жизненному отношенію, столь важному для блага человѣчества, а въ особенности съ цѣлью сдѣлать очевиднѣе нравственный элементъ брака, освященный въ христіанствѣ, и напечатлѣть его живо въ умахъ людей [h]). Не смотря на то, нѣкоторыя новѣйшія законодательства, дозволивъ такъ называемый гражданскій бракъ, освободили отъ необходимости соблюдать церковные обряды при вступленіи въ брачный союзъ [i]).

§ 154.

C) Препятствія браку.

По естественному праву препятствія дѣйствительности брака, если они уже не подходятъ подъ общія основанія недѣйствительности договора (§ 153), вытекаютъ изъ существа и цѣли брака съ физической, нравственной и юридической стороны. Препятствія эти бываютъ или абсолютныя, или только относительныя, смотря потому, не допускаютъ ли они брака безусловно и вообще, или только между

Рихтеръ ibid. § 249. и 263. — О правѣ имѣющемъ силу въ настоящее время въ католической и евангелической церкви касательно формы заключенія брака, см. того же ibid. § 264. и 265.

h) Католическая церковь причисляетъ бракъ даже къ таинствамъ; протестанты однако не признаютъ за бракомъ этого свойства. Ср. Рихтеръ ibid. § 249. Между тѣмъ Шталь ibid. II. 1. 432. seq., хотя и оспариваетъ характеръ таинства, однако приписываетъ браку характеръ не только религіозный или культурный, но и догматическій.

i) Напр. Code Napoléon Ср. 165. seq. — О невыгодахъ, которыя ведетъ за собою отвлеченіе брака отъ всякаго церковнаго вліянія, см. Шталь ibid. стр. 446. seq. Аренсъ ibid. 578. seq. и Рихтеръ ibid. § 250. Nr II. (стр. 514.). — Напротивъ Рёдеръ ibid. 360. полагаетъ, что государство можетъ связать заключеніе брака, которое и для него есть не болѣе, «какъ юридическое дѣйствіе, только гражданскими, а не религіозными формами».

извѣстными лицами въ отношеніи другъ къ другу. — Абсолютныя препятствія вытекаютъ: 1) Изъ совершенной неспособности къ половому совокупленію въ тѣсномъ смыслѣ, образующему естественное основаніе брака. Неспособность эта можетъ брать свое начало или въ несовершенномъ тѣлесномъ развитіи [a]), или въ постоянномъ недостаткѣ тѣлосложенія [b]). Если же въ послѣднемъ случаѣ одна сторона знала физическую неспособность другой и не смотря на то вступила съ нею въ бракъ, то надо принять, что она отказалась отъ половаго совокупленія въ тѣсномъ смыслѣ и имѣла въ виду только другую цѣль брака, направленную на споспѣшествованіе взаимному благу и счастью супруговъ и на нераздѣльное общеніе жизни [c]). 2) Изъ брака,

---

§ 154. a) Когда тѣлесное развитіе достигаетъ той степени, что даетъ право на вступленіе въ бракъ? — Вопросъ этотъ въ естественномъ правѣ, конечно, нельзя свести къ извѣстному моменту, приложимому вообще, такъ какъ индивидуальности здѣсь чрезвычайно различны. Но для избѣжанія тѣлеснаго осмотра въ отдѣльныхъ представляющихся случаяхъ, было бы цѣлесообразно и полезно, чтобы положительное право опредѣлило вообще срокъ зрѣлости, руководствуясь тѣмъ, что въ силу опыта можетъ быть принято за правило. Мы однако поймемъ, что опредѣленіе это у различныхъ народовъ должно быть различно по разнообразію климатическихъ данныхъ и другихъ условій, вліяющихъ на тѣлесное развитіе. Объ относящемся сюда опредѣленіи (новаго) римскаго права, см. pr. J. quib. mod. tutela finit. (I. 22.) L. 3. C. quando tutor. esse desin. (V. 60.) и L. 24. C. de nupt. (V. 4.), а о постановленіяхъ другихъ правъ, касающихся того же предмета см. Рихтеръ Lehrb. des Kirchenrechts § 256. Nr. I. Впрочемъ съ временемъ неполнаго тѣлеснаго развитія совпадаетъ обыкновенно и духовная неспособность къ изъявленію воли, имѣющему юридическую силу, а неспособность эта принадлежитъ не столько къ числу препятствій исключительныхъ для брака, сколько къ общимъ препятствіямъ дѣйствительному заключенію договоровъ (§ 119).

b) На этомъ основаніи по римскому праву браки кастратовъ недѣйствительны. L. 39. § 1. D. de jure dot. (XXIII. 3). О далѣе идущихъ опредѣленіяхъ каноническаго права см. Рихтеръ ibid. § 256. Nr. II.

c) Однако Шталь ibid. II. 1. 430 полагаетъ, что подобный бракъ не

уже существующаго, въ которомъ живетъ та или другая сторона. Такъ какъ идеѣ брака соотвѣтствуетъ только моногамія (§ 151), то ни одно женатое или замужнее лицо, пока существуетъ его прежній бракъ, не можетъ дѣйствительнымъ образомъ вступить въ то же время еще въ другой бракъ [d]).

§ 155.

Относительное препятствіе къ браку является между тѣми лицами, которыя стоятъ другъ къ другу въ столь близкомъ родственномъ или свойственномъ отношеніи, что по естественнымъ и нравственнымъ причинамъ брака между ними допустить нельзя [a]). Такимъ родствомъ неоспо-

имѣетъ обыкновеннаго слѣдствія, неразрывности, и потому называетъ его «естественно несовершеннымъ бракомъ». — Еще далѣе идетъ Кантъ ibid. стр. 110., считая брачный договоръ въ подобномъ случаѣ договоромъ вымышленнымъ (für einen simulirten Vertrag), который не полагалъ основаніе браку.

d) Тотъ случай, когда женатое или замужнее лицо до уничтоженія своего настоящаго брака вступаетъ въ новый брачный союзъ, означаютъ выраженіемъ: бигамія, двоебрачіе. Въ государствахъ, которыя признаютъ только моногамическій бракъ дозволеннымъ и дѣйствительнымъ, бигамія принадлежитъ къ дѣйствіямъ или отношеніямъ запрещеннымъ подъ угрозою наказанія.

§ 155. a) По поводу этого господствуютъ различныя другъ другу противорѣчащія мнѣнія. Нѣкоторые, напр. Гуго ibid. § 226, Гросъ ibid. § 268, Варнкёнигъ ibid. § 145 хотятъ вывести недопустимость браковъ между близкими родственниками или свойственниками единственно изъ положительнаго права, обычаевъ или законовъ. Гегель ibid. § 168 напротивъ, объявляетъ бракъ между кровными родственниками вообще чѣмъ то противнымъ понятію брака и «вмѣстѣ съ тѣмъ истинному естественному чувству». Эту аргументацію Гегеля въ свою очередь оспариваетъ Шталь ibid. II. 1. 455. — О запрещеніяхъ брака вслѣдствіе родства и свойства, встрѣчающихся уже въ правѣ Моисея, и о вопросѣ, имѣютъ ли и на сколько имѣютъ эти запрещенія обязательную силу для христіанъ даже и теперь,— см. Глюкъ ibid. XXIV. стр. 232. seq. 242. seq. и 296. seq.

римо должно считать отношеніе между родителями и дѣтьми. Взаимная склонность и любовь, которая существуетъ между ними уже по естественному закону и которая должна быть возвышена и облагорожена взаимными нравственными отношеніями, совершенно другаго рода (§ 162), чѣмъ половая любовь, лежащая въ основаніи брака; а потому чрезъ смѣшеніе съ послѣдней она утратила бы свой первоначальный характеръ, опредѣленный естественнымъ и нравственнымъ закономъ и даже была бы осквернена [b]). То же самое имѣетъ силу и между болѣе отдаленными восходящими и нисходящими, равнымъ образомъ и при свойствѣ въ прямой линіи (слѣдовательно между родителями мужа и жены съ одной стороны и зятемъ и свекровью съ другой, также между сводными родителями и дѣтьми (§ 148. N. c). Основаніемъ здѣсь служитъ характеръ самаго союза и вытекающее изъ этихъ отношеній особенное чувство уваженія (піетата) [c]). Вопросъ: должно ли, и на сколько должно существовать препятствіе къ браку между

b) Ср. Кругъ ibid. 452 seq. Шталь ibid. II. 1. 449 и 455, Аренсъ ibid. 581 и Рёдеръ ibid. 358.—Уже Сократъ считалъ половыя связи между родителями и дѣтьми недозволенными по божественнымъ законамъ, но конечно скорѣе на физическомъ, чѣмъ моральномъ основаніи, такъ какъ въ подобныхъ союзахъ не могутъ быть рождены здоровыя и сильныя дѣти. Ср. Xenoph. Memorabil. IV. c. 4. § 20—23. Въ этомъ отношеніи Paulus въ L. 14. § 2. D. de ritu nupt. (XXIII. 2.) удачнѣе выставляетъ основаніе: «. . . in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est contra pudorem est autem, filiam uxorem suam ducere». Вообще въ римскомъ правѣ каждое половое совокупленіе между восходящими и нисходящими считается кровосмѣшеніемъ запрещеннымъ уже по jus gentium («jure gentium incestum») L. 68. D. eod. Не смотря на то по Sextus Empir. Pyrrhon. Hypotyp. III. c. 24. § 205. у Персовъ былъ дозволенъ бракъ съ матерью.

c) Ср. Шталь ibid. II. 1. 451 И по римскому праву половая связь между лицами, находящимися въ свойствѣ въ прямой линіи, принадлежитъ къ «jure gentium incestum». L. 5 § 1. D. de condict. sine caus. (XII. 7.)

боковыми родственниками, — трудно разрѣшается по началу, имѣющему общую силу [d]); однако очень важные доводы рѣшаютъ вопросъ въ пользу того, что нельзя допустить брака, по крайней мѣрѣ между ближайшими боковыми родственниками, слѣдовательно между братьями и сестрами [e]). Здѣсь прямая цѣль сохранить чистоту семейной любви и предотвратить блудъ и развратъ въ тѣсномъ семейномъ кругу [f]); да и потомъ бракъ по отношенію къ роду человѣческому вообще имѣетъ назначеніемъ восполнять семейныя индивидуальности и производить новыя посредствомъ связи

---

d) Если ссылаются на естественное омерзеніе (такъ называемое horror naturalis), которое противится половымъ соединеніямъ между близкими боковыми родственниками, то это не всегда подтверждается опытомъ. У многихъ образованныхъ народовъ древности были дозволены браки между братьями и сестрами, напр. у Египтянъ по Sext. Empir. loco cit. (см. прим. b) въ концѣ), у Аѳинянъ по Corn. Nep. въ praef. — Сомнительно, считались ли и на сколько считались въ римскомъ правѣ браки между близкими боковыми родственниками кровосмѣшеніемъ по jus gentium, или только по jus civile? Ср. Глюкъ ibid. XXIII. стр. 302. seq.

e) Многіе философы въ области права ставятъ бракъ между братьями и сестрами по отношенію къ его недопустимости на одну линію съ браками между родителями и дѣтьми, напр. Кругъ ibid. § 107 и въ особенности стр. 454, Аренсъ ibid. стр. 581 seq. и Рёдеръ ibid. 358 seq. — Шталь ibid. II. 1. 449 старается вывести неумѣстность браковъ между братьями и сестрами изъ характера союза, существующаго между ними. Это есть «органическій союзъ любви, ни въ чемъ не нуждающійся»; онъ имѣетъ «органическое назначеніе быть семьей, осуществить ея цѣль; а не производить семью, не быть средствомъ семьи».

f) Ср. Михаэлисъ von den Eheges. Mos. E. 6. § 57. и Гуго ibid. § 228. N. 1). Эту цѣль Шталь ibid. ср. 454 не хочетъ считать основаніемъ для запрещенія сказанныхъ браковъ; ибо «одно правило благоразумія не произвело бы того глубокаго ужаса». Но здѣсь идетъ рѣчь вовсе не объ одномъ правилѣ благоразумія, а о правилѣ имѣющемъ нравственное основаніе и нравственную цѣль.

между членами различныхъ семействъ [g]). — Положительныя права не только распространили еще болѣе запрещенія брака при боковомъ родствѣ [h]) и не только запретили этотъ союзъ при свойствѣ въ боковой линіи [i]), но вывели препятствія даже изъ извѣстныхъ видовъ чисто искусственнаго родства [k]).

§ 156.

Что касается вопроса: раждается ли изъ различія религіи такое препятствіе къ браку, которое должно быть признано уже въ естественномъ правѣ,—то здѣсь абсолютно и вообще нельзя дать утвердительнаго отвѣта. Однако нѣтъ никакого сомнѣнія, что для христіанскихъ государствъ, которыя неоспоримо имѣютъ своею задачею охранять и споспѣшествовать христіанскому началу даже и въ бракахъ, вопросъ о дозволеніи браковъ между христіанами и привер-

---

g) Ср. Шталь ibid. 450 и Рихтеръ въ Lehrb. des Kirchenrechts § 257.

h) Относящіяся сюда опредѣленія новаго римскаго права находятся въ § 2—5. J. de nupt. (I. 10). L. 17. § 2. и L. 39. pr. D. de ritu nupt. (XXIII. 2). L. 19. C. de nupt. (V. 4) и L. 2. C. si nupt. ex rescripto pet. (V. 8.). — Гораздо далѣе идетъ каноническое право, c. 8. X. de consanguin. et adfin. (IV. 14.), и притомъ древнѣйшее. Ср. Глюкъ ibid. XXIII. стр. 328 seq. и Рихтеръ ibid. § 257. Nr. II.

i) L. 5. 8 и 9. C. de incest. nupt. (V. 5). — Каноническое право доводитъ запрещенія брака при свойствѣ въ боковой линіи также далеко какъ и между боковыми родственниками. c. 8. X. cit. — Объ историческомъ процессѣ церковныхъ постановленій о препятствіяхъ къ браку вслѣдствіе свойства см. Рихтеръ ibid. § 258

k) Именно изъ родства по усыновленію (Adoptiv-Verwandtschaft), ср. § 1. 2. и 5. J. de nupt. L. 17. pr. и § 2. и L. 55. D. de ritu nupt. и can. 1. 5. 6. C. XXX. qu. 3., cap. un. X. de cogn. leg. (IV. 12.), и изъ духовнаго родства, основаннаго крещеніемъ, L. 26. C. de nupt., что сильно распространилось различными постановленіями церковнаго права. Ср. Рихтеръ ibid. § 259. Nr. II.

женцами другой религіи долженъ быть очень затруднителенъ [a]). Не позабудемъ, что въ подобныхъ союзахъ невозможно полное единеніе жизни супруговъ именно съ наиболѣе священной стороны, да и потомъ при дозволеніи этихъ браковъ христіанская вѣра считалась бы дѣломъ второстепеннымъ [b]). Только отчасти и въ гораздо меньшей степени тѣ же самыя соображенія находятъ мѣсто при одномъ различіи вѣроисповѣданія внутри христіанской церкви, слѣдовательно въ такихъ бракахъ, которые преимущественно называютъ смѣшанными [c]).

Кромѣ естественныхъ юридическихъ препятствій къ браку, изложенныхъ въ § 154 и 155 въ положительныхъ законахъ существуетъ еще много другихъ отчасти абсолютныхъ, а большею частію только относительныхъ. — Собственныя запрещенія брака, встрѣчающіяся въ римскомъ правѣ, основываются между прочимъ на религіозныхъ соображеніяхъ; сюда, кромѣ того что изложено въ N. a), принадлежатъ и запрещенія, встрѣчающіяся въ L. 5. C. de episcop. (1. 3). и Nov. 5. c. 8. Nov. 6. c. 1. § 7. и Nov. 123. c. 14. и 29;—или же они вызываются мотивами нравственности, т. е. чтобы наказывать за всѣ безнравственныя дѣйствія по отношенію къ браку, именно запрещенія, изложенныя въ L. 26. D. de ritu nupt. (XXIII. 2). L. 11. § 11. L. 29. § 1. и L. 40. D. ad leg. Jul. de adult. (XLVIII. 5). и L. 9. C. eod. (IX. 9.),

---

§ 156. a) Въ новомъ римскомъ правѣ браки запрещены, по крайней мѣрѣ между христіанами и евреями. L. 6. C. de Judaeis (1. 9.).

b) Ср. Шталь ibid. II. 1. 471. seq. и Рихтеръ ibid. § 261. Также Гуго ibid. § 231 возстаетъ противъ допущенія браковъ «между членами различныхъ церквей». Напротивъ Рёдеръ ibid. стр. 360. N. ***) считаетъ запрещеніе брака между христіанами и евреями (N. a) «игомъ», которое уже трудно «снова свергнуть».

c) Ср Шталь ibid. стр. 473 seq. и Эберти ibid. стр. 88 seq. — Историко-юридическія примѣчанія о допущеніи и слѣдствіяхъ смѣшанныхъ браковъ находятся у Рихтера ibid. § 273.

§ 157. a) Ср. Гуго ibid. § 213, Гросъ ibid. § 273., Кругъ ibid. 459. seq и Рёдеръ ibid. стр. 362

далѣе въ L. 13. D. de his, quae ut indignis aufer. (XXXIV. 9). и Nov. 134. c. 12. также въ L. un. § 1. C. de raptu virg. (IX. 13). — Туда же ведутъ требованія приличія и благопристойности по принципу, приведенному въ L. 42. pr. D. de ritu nupt. и L. 197. D. de regul. jur. (L. 17): «Semper in conjunctionibus non solum, quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit». Сюда, кромѣ многихъ запрещеній брака, имѣвшихъ силу въ древнемъ римскомъ правѣ и уничтоженныхъ въ новѣйшемъ, принадлежатъ еще и тѣ препятствія, которыя упомянуты въ § 9. J. de nupt. (I. 10). въ L. 12. § 1—3. L. 14. § 4. in f. и L. 15. D. de ritu nupt.. далѣе въ L. 14. pr. и § 1. D. eod. ср. съ L. 23. D. de adopt. (I. 7). также въ L. 3. C. de incest. nupt. (V. 5). и Nov. 22. c. 10. и 17.—Наконецъ политическіе виды играютъ здѣсь немаловажную роль; ими и объясняется не только запрещеніе брака, описанное въ L. 38. L. 57. pr. L. 63. и 65. D. de ritu nupt., но и то, которое изложено въ L. 36. L. 59. L. 60. pr. § 2. 3. 5. 7. и 8. L. 62. § 2. L. 64. L. 66. и L. 67. pr. § 2. 4. и 6. D. eod. и въ L. 1—8. C. de interdicto matrim. (V. 6).

§ 157.

D) Юридическое отношеніе между супругами.

Существенныя взаимныя права и обязанности супруговъ вытекаютъ изъ совокупной цѣли брака и относятся къ средствамъ необходимымъ для достиженія этой цѣли. Понятно, что эти права и обязанности, если не всѣ безъ исключенія, то большею частью, такого рода, что въ примѣненіи къ нимъ юридическое принужденіе не находитъ себѣ мѣста. — Что же касается до одной изъ цѣлей брака, и прежде всего дѣторожденія, то супругамъ, имѣя въ виду, что самое слѣдствіе лежитъ внѣ ихъ власти, можетъ быть вмѣнено во взаимную обязанность только служащее къ тому средство, именно плотское соитіе въ предѣлахъ, указываемыхъ здоровьемъ и требованіями умѣренности. Притомъ, обязанность эту

нельзя считать принудительною, а просто обязанностью любви, такъ какъ исполненіе ея разумнымъ образомъ можетъ и должно основываться лишь на взаимной склонности; принужденіе же къ плотскому соитію было бы грубымъ оскорбленіемъ человѣческаго достоинства [a]). Напротивъ, самая исключительность брачнаго отношенія во всякомъ случаѣ даетъ каждому изъ супруговъ отрицательное принудительное право, имѣющее въ виду воспрепятствовать соитію между тѣмъ или другимъ изъ супруговъ и третьимъ лицомъ. Право это должно охраняться отъ нарушеній государствомъ, которое прибѣгаетъ къ угрозѣ наказанія въ видахъ освященія и поддержанія нравственнаго начала брака даже и во внѣшнемъ порядкѣ жизни. Объ обязанностяхъ и правахъ супруговъ, касающихся ухода и воспитанія дѣтей, мы будемъ говорить при разсмотрѣніи отношеній между родителями и дѣтьми въ § 162—164. Что же касается до споспѣшествованія взаимному благу и счастью самихъ супруговъ, то замѣтимъ, что внутреннее основаніе и условіе для достиженія этой брачной цѣли, т. е. взаимная любовь, уваженіе, участіе и личная преданность, лежатъ внѣ юридической сферы. Вотъ почему права и обязанности супруговъ ограничиваются только тѣми внѣшними дѣйствіями между ними, которыя всегда допускаютъ внѣшнее принужденіе, то есть взаимныя вспоможенія супруговъ по мѣрѣ ихъ силъ и потребностей и необходимое для того ихъ сожитіе.

§ 158.

Кромѣ общихъ правъ и обязанностей супруговъ, совершенно одинаковыхъ для обѣихъ сторонъ [a]), существуютъ еще для каждой изъ нихъ извѣстныя особенныя, или до нея

§ 158. a) Ср. Гросъ ibid. § 270. и Рёдеръ ibid. стр. 362.

преимущественно касающіяся права и обязанности, которыя и должно выводить изъ естественнаго половаго различія въ отношеніи къ брачному союзу. Женѣ по ея естественному назначенію выпадаетъ на долю прежде всего забота о хозяйствѣ и о всѣхъ относящихся сюда нуждахъ; слѣдовательно, въ этомъ кругу она уполномочена и обязана дѣлать необходимыя распоряженія и исполнять соотвѣтствующія занятія. Напротивъ мужу принадлежитъ вообще распоряженіе и веденіе семейныхъ дѣлъ; а въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ по вопросу о дѣлахъ супруги держатся различныхъ мнѣній, ему же принадлежитъ рѣшающій голосъ [b]). Съ другой стороны на его долю преимущественно выпадаетъ забота о средствахъ существованіи семьи и ея защита или юридическое охраненіе. Эти особенныя права и обязанности мужа, безъ которыхъ легко подвергается опасности самое существованіе семьи, основываются на томъ, что вообще мужескому полу въ сравненіи съ женскимъ даровано болѣе физической и умственной силы [c]); а, слѣдовательно, въ этой мѣрѣ и должно считать мужа главою семьи [d]). Вотъ почему какъ имя, такъ и

b) По этому принципу и въ смѣшанномъ бракѣ (§ 156. adf.) мужъ долженъ рѣшать вопросъ о религіозномъ воспитаніи дѣтей. Однако нельзя не одобрить, когда строгость этого начала смягчается положительными законами тѣмъ самымъ, что въ смѣшанныхъ бракахъ, если только супруги по этому вопросу совокупнымъ рѣшеніемъ не постановили чего другаго, религіозное воспитаніе дѣтей дѣлится по двумъ поламъ, т. е. мальчики воспитываются въ исповѣданіи отца, а дѣвочки въ исповѣданіи матери. Ср. Шталь ibid. II. 1. 483. seq. — Различныя постановленія положительныхъ правъ см. у Рихтера въ Lehrb. des Kirchenrechts § 224. N. IV.

c) Въ этомъ сомнѣвается Аренсъ idid. стр. 584.

d) Ср. Рёдеръ ibid. стр. 365. отсюда впрочемъ никакъ не слѣдуетъ, что мужу должна принадлежать власть или господство надъ женой, подобно тому, какъ въ древнемъ римскомъ правѣ in manum conventio Ср. Cic Top. c. 3. и 4. и Gaj. Inst I. § 108—113. 136. и 148. II. § 98. 139. и 159. III. § 14. in f.

мѣстопребываніе семьи связано съ именемъ и мѣстопребываніемъ мужа. Тоже самое вслѣдствіе положительныхъ юридическихъ учрежденій имѣетъ постоянно силу и въ вопросѣ о званіи, рангѣ и судебномъ вѣдомствѣ [e]). Къ взаимнымъ обязательствамъ супруговъ относятся выраженія: супружеская обязанность, супружеская вѣрность и нарушеніе супружеской вѣрности. Выраженія эти имѣютъ болѣе обширное и болѣе тѣсное значеніе. Въ первомъ супружеская обязанность означаетъ совокупность всѣхъ обязанностей, лежащихъ на супругахъ по отношенію другъ къ другу; супружеская вѣрность есть постоянное исполненіе этихъ обязанностей; а нарушеніе супружеской вѣрности есть нарушеніе обязанностей. Въ болѣе же тѣсномъ и обыкновенномъ смыслѣ эти выраженія стоятъ въ особенномъ отношеніи къ половому совокупленію [f]). Ни одинъ изъ супруговъ не можетъ дѣйствительнымъ образомъ освободить другаго отъ брачной вѣрности въ болѣе тѣсномъ смыслѣ потому, что это не только противорѣчило бы характеру неотчуждаемости всѣхъ супружескихъ правъ и обязанностей (§ 149), но и повлекло бы за собой безнравственныя дѣйствія (§ 68 adf).

§ 159.

Одновременно съ упомянутыми (§ 157 и 158) существенными правами и обязанностями супруговъ, непосредственно и очевидно вытекающими изъ природы и цѣли брака, между ними могутъ существовать еще случайныя права и обязательства, именно по отношенію къ ихъ имуществу. Но здѣсь каждый разъ предполагается особенная причина происхожденія [a]). Причина эта лежитъ или въ спеціальныхъ условіяхъ, которыя (въ отличіи отъ брачнаго договора § 152) называются брачными условіями Ehepacten или Ehestiftungen), — или въ положительныхъ юридическихъ постановленіяхъ. Послѣднія содержатъ въ себѣ отчасти извѣстныя ограниченія брачныхъ условій [b]) и прилагаются при недостаткѣ подобныхъ условій. Понятно, что въ различныхъ положительныхъ правахъ и постановленія эти различны [c])

---

e) Имѣя все это въ виду, Шталь ibid. стр. 430 называетъ бракъ также «общеніемъ правъ». См. напротивъ сказанное въ прил. къ § 151.

f) Ср. Гросъ ibid. § 272.

§ 159. a) Не смотря на то, нѣкоторые писатели юристы считаютъ общеніе имуществъ между супругами чѣмъ-то такимъ, что само собою понятно по существу и цѣли брака, и что, слѣдовательно, обосновано уже въ естественномъ правѣ, напр. Кантъ ibid. стр. 109. Кругъ ibid. стр. 447. Гегель ibid. § 170 и 171, который (какъ уже было замѣчено въ прил. къ § 148) признаетъ семейное имущество (Familienvermögen), за общую собственность всѣхъ членовъ семьи; распоряженіе же и управленіе этимъ имуществомъ принадлежитъ однако мужу, какъ главѣ семьи. Эберти ibid стр. 81 seq. прибавляетъ только, что въ вопросѣ о потребленіи въ домѣ общихъ средствъ, право распоряженія мужа должно быть безгранично, женѣ же принадлежитъ только совѣщательный голосъ.

b) Ср. напр. L. 4—6. и L. 14. 17. D. de pact. dotal. (XXIII. 4.).

c) Римское право, желая облегчить мужу денежную тягость брака (т. е. тѣ траты на хозяйство, которыя или явились или пріумножались вслѣдствіе брака), удѣляютъ ему на время брака право собственности на приданое (dos), принесенное ему женой или за нее pr. J. quib. alienare licet vel non. (II. 8.) L. 7. § 3. и L. 75. D. de jure dot. (XXIII. 3.) L. 23. C. eod. (V. 12.) — L. 76. in f. D. и L. 20. C. eod. и L. 21. § 1. D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.). Напротивъ на остальное имущество жены, исключая dos (parapherna), мужъ имѣетъ право только въ той мѣрѣ, въ какой добровольно предоставитъ ему жена. L. 9. § 3. D. de jure dot. и L. 8. C. de pact. convent. super dote (V. 14.). — Въ Германіи по поводу вопроса объ имущественныхъ юридическихъ отношеніяхъ между супругами господствуютъ большею частію частныя юридическія опредѣленія съ чрезвычайно разнообразнымъ содержаніемъ.— И между писателями философіи права разнообразны мнѣнія о достоинствѣ различныхъ имущественныхъ отношеній между супругами о выгодахъ и невыгодахъ общенія имуществъ между супругами см. Гуго ibid. § 290.— Какъ противъ римской системы приданаго, такъ и противъ супружескаго общенія имуществъ возстаютъ Шталь ibid. II. 1. 456. seq. и Аренсъ

§ 160.

E) Расторженіе брака.

Хотя бракъ по своей идеѣ или по присущимъ ему требованіямъ есть пожизненный союзъ супруговъ (§ 151), и хотя при его заключеніи это назначеніе само по себѣ понятно, однако при дѣйствіи особенныхъ причинъ бракъ можетъ быть расторженъ еще при жизни супруговъ. Это расторженіе называется разводомъ, что и слѣдуетъ отличать отъ недѣйствительности брака вслѣдствіе какого-либо препятствія къ нему (§ 154 и 155.). — Теперь раждается вопросъ: можетъ ли быть расторженъ бракъ вслѣдствіе соглашенія обоихъ супруговъ? Здѣсь утвердительный отвѣтъ былъ бы возможенъ только при одномъ условіи, именно, еслибы на брачный договоръ можно было смотрѣть какъ на обыкновенный договоръ, и на самый бракъ—какъ на отношеніе по обязательствамъ. Сдѣлать же этого ни въ какомъ случаѣ нельзя (§ 149, 152 и 153.). Скорѣе бракъ по своему естественному и разумному понятію и цѣли долженъ простираться на все время жизни супруговъ. И потому разводы вслѣдствіе взаимнаго соглашенія [a]) должно считать недозволенными въ той же мѣрѣ, въ какой при заключеніи брака не допускается выговоръ разрѣшающаго условія или конечнаго срока (§ 152. adf). Подобнымъ разводамъ препятствуетъ истинное существо брака, въ особенности его нравственный и христіанскій принципъ [b]), а наконецъ юридическія и политическія причины, такъ какъ на существованіи брака основывается семья, а семья принадлежитъ къ основнымъ элементамъ государства [c]). Но понятно, что право, вытекающее изъ вступленія въ бракъ, именно право на пожизненное его продолженіе, можетъ быть устранено грубымъ

---

ibid. стр. 587. seq. По мнѣнію перваго, «имущество обоихъ супруговъ должно вмѣстѣ служить цѣли брака (т. е. содержанію семьи, воспитанію дѣтей т. д.), а потому должно вступить въ распоряженіе мужа, иногда впрочемъ при обезпеченіи жены тамъ, гдѣ это нужно. Но ни въ какомъ случаѣ имущество обоихъ супруговъ не должно сливаться въ одну безразличную массу. Должно существовать общеніе употребленія и потребленія, а не общеніе права». Подобнымъ образомъ и Аренсъ даетъ преимущество посредствующей системѣ, такъ называемой системѣ благопріобрѣтеннаго имѣнія (System der Errungenschaften), по которой съ одной стороны какъ пользованіе обоюднымъ имуществомъ такъ и прибыль или благопріобрѣтенное должны быть общими. Съ другой же извѣстная часть имущества должна остаться за женой и быть ей обезпечена, такъ какъ имущество находится въ управленіи мужа. И Рёдеръ ibid. стр. 365. N. *) считаетъ право благопріобрѣтеннаго имѣнія лучшимъ законнымъ правиломъ.

§ 160. a) Подобные разводы были дозволены въ римскомъ правѣ до Юстиніана, L. 9. C. de repud. (V. 17.); потомъ они были запрещены имъ въ Nov. 117. c. 10, за исключеніемъ того случая, когда причиною къ разводу служитъ неудержимое стремленіе къ цѣломудренной жизни, а въ Nov. 134. c. 11 они же вызвали угрозу наказанія. Отъ нихъ должно отличать разводы «bona gratia», дозволенные даже и въ новѣйшемъ римскомъ правѣ, т. е. такіе, которые, не являясь произвольно слѣдствіемъ договора, сопровождаются однако обоюднымъ удовлетвореніемъ. Здѣсь надо признать, что другой супругъ при расторженіи успокоивается потому, что призошли такія обстоятельства, при которыхъ бракъ далѣе не могъ быть сохраненъ. Подобные случаи находятся въ L. 60. in f. L. 61. и L. 62. pr. D. de donat. int. vir. et uxor. (XXIV. 1.) L. 6. D. divort. (XXIV. 2.) Nov. 22. c. 4—7. Nov. 117. c. 12. и Nov. 123. c. 40.

b) Ср. Ев. Матѳ. Г. 19. ст. 3—6. Марка Г. 10. ст. 2—12. Павелъ къ Коринѳ. I. Г. 7. ст. 10. и 11.

c) Не смотря на то, нѣкоторые писатели въ области философіи права считаютъ подобные разводы дозволимыми, напр. Гуго ibid. § 239. и 240., Гросъ ibid. § 274. ср. съ § 263. Мало того, нѣкоторыя положительныя права ясно допускаютъ эти разводы, хотя бы то и было только при извѣстныхъ условіяхъ, какъ въ Прусск. Св. ч. II. ст. 1. § 718. и 933., или съ затрудняющими формами, какъ въ Cod. Nap. Art. 233. — Различныя невыгоды, какъ слѣдствія свободнаго развода съ согласія обѣихъ сторонъ или даже по произволу каждой стороны въ отдѣльности, приводитъ Рёдеръ ibid. стр. 367. Однако, слѣдуя стр. 369. seq., онъ самъ считаетъ дозволимыми разводы съ согласія обѣихъ сторонъ, если существуютъ на то уважительныя причины.

нарушеніемъ супружеской обязанности со стороны того или другаго изъ супруговъ, разрушающимъ самое существо брака, такъ какъ здѣсь для обиженной стороны вознагражденіе невозможно. Вотъ почему нарушеніе супружеской вѣрности въ болѣе тѣсномъ смыслѣ даетъ оскорбленному супругу поводъ къ разводу, — поводъ, оправданный существомъ брака, какъ исключительнаго половаго союза между супругами [d]). Напротивъ прелюбодѣянія учиненныя обѣими сторонами взаимно уничтожаются, такъ что ни одна сторона не можетъ вывести оттуда права на разводъ [e]). Безплодіе брака равно и неспособность къ деторожде-

d) Прелюбодѣяніе признается поводомъ къ разводу даже въ словахъ Христа (у Матѳея Г. 5. ст. 32. и Г. 19. ст. 4—6. и 9.). Но вотъ вопросъ: кромѣ нарушенія супружеской вѣрности и кромѣ спеціальнаго случая умышленнаго оставленія, приведеннаго въ первомъ посланіи къ Коринѳянамъ Г. 7. ст. 15., допускаются ли еще другія причины къ разводу по духу христіанства? Это пунктъ въ высшей степени спорный, и утвердительный отвѣтъ можно дать только по самомъ тщательномъ обсужденіи. Ср. Шталь ibid. II. 1. 458. seq. и 464. seq. — Между тѣмъ мы находимъ еще различные другіе поводы къ разводу, признанные какъ у писателей философіи права напр. Гуго ibid. § 240., Кругъ ibid. § 110. прим. 1., Аренсъ ibid. стр. 591. и Рёдеръ ibid. стр. 368. seq., такъ и въ положительныхъ правахъ. (Новѣйшія относящіяся сюда постановленія римскаго права, за исключеніемъ разводовъ «bona gratia», упомянутыхъ въ N. a), находятся въ Nov. 117. c. 8 и 9.) О недостаткахъ нѣкоторыхъ причинъ къ разводу, признаваемыхъ въ положительныхъ правахъ, и о необходимости извѣстной строгости въ законахъ о разводахъ см. Шталь loco cit. стр. 460—471. и Рихтеръ въ Lehrb. des Kirchenrechts § 269. — Впрочемъ католическая церковь вообще и не допускаетъ собственно развода, но вмѣсто него на различныхъ основаніяхъ допускаетъ только Scheidung von Tisch und Bette (см. прил. къ этому §). Ср. Глюкъ ibid. XXVI. § 1263. a и b. стр. 376—394. и Рихтеръ ibid. § 268.

e) Ср. Шталь loco cit. стр. 462. Другаго мнѣнія Рёдеръ ibid. стр. 368. N. **). — Уже и въ римскомъ правѣ по поводу этого высказано слѣдующее основное положеніе: «paria delicta mutua pensatione dissolvuntur». L. 39. D. soluto matrim. (XXIV. 3.)

нію того или другаго изъ супруговъ, явившіяся впервые во время брака, не могутъ ни въ какомъ случаѣ имѣть силы такого повода къ разводу, который слѣдовало бы признать въ естественомъ правѣ [f]). Въ бездѣтномъ бракѣ, а также и въ томъ, гдѣ половая связь въ болѣе тѣсномъ смыслѣ уже болѣе невозможна, все еще достижима цѣль союза, направленная на споспѣшествованіе взаимному благу и счастью супруговъ и на нераздѣльное общеніе жизни. — Впрочемъ, въ какой формѣ должны происходить разводы и какое вліяніе должны они имѣть на имущественныя отношенія разведенныхъ, все это можетъ быть опредѣлено только положительнымъ правомъ.

Отъ развода въ собственномъ смыслѣ должно отличать такъ называемое прекращеніе сожитія, Scheidung von Tisch und Bette въ силу котораго уничтожается только сожитіе супруговъ (или навсегда, или же на извѣстное время), а самый брачный союзъ не уничтожается. Это— чисто положительное юридическое учрежденіе, о которомъ въ различныхъ христіанскихъ исповѣданіяхъ господствуютъ различныя постановленія. Ср. Глюкъ ibid. XXIV. § 1269. стр. 465 seq. и Рихтеръ ibid. § 268. N. II. и § 269 (стр. 576.).

§ 161.

F) Предѣлы допущенія втораго брака.

Если существовавшій бракъ прекращенъ вслѣдствіе смерти одного изъ супруговъ, или вслѣдствіе развода, то въ первомъ случаѣ для супруга пережившаго, а во второмъ для невиновнаго нѣтъ юридическаго препятствія ко вступленію въ другой бракъ [a]). Напротивъ супругу, виновному въ разводѣ,

f) То же признаетъ и Кантъ ibid. стр. 111 при неспособности къ дѣторожденію, явившейся уже позднѣе.

§ 161. a) Впрочемъ по римскому праву вдова или жена въ разводѣ, обыкновенно, не можетъ вступить въ другой бракъ, прежде чѣмъ пройдетъ

такъ какъ онъ оказалъ себя недостойнымъ брака, нельзя дозволить вступить во второй бракъ уже по самому нравственному и христіанскому началу этого институтa [b]), что и признано въ нѣкоторыхъ положительныхъ правахъ [c]).

§ 162.

Объ отношеніи между родителями и дѣтьми.

Какъ сама природа, такъ и нравственный порядокъ вещей ведутъ къ тому, что между родителями и дѣтьми господ-

годъ по расторженіи прежняго, L. 1. и L. 11. § 1. и 2. D. de his, qui notantur infam. (III. 2.) и L. 2. C. de secund. nupt. (V. 9.). Это правило, кажется, не имѣетъ болѣе силы въ каноническомъ правѣ, c. 4. и 5. X. eod. (IV. 21.); напротивъ здѣсь приняты такія правила, которыя прямо заявляютъ о неодобреніи втораго брака. Ср. Рихтера Lehrb. des Kirchenrechts § 270. — Но уже въ новомъ римскомъ правѣ вступленіе во второй бракъ въ случаѣ, если остались дѣти отъ перваго, связано для супруговъ съ нѣкоторыми законными невыгодами или ограниченіями. Ограниченія эти или касаются равно обоихъ супруговъ, L. 3. 5. и 6. C. eod. и Nov. 22. c. 23—25., L. 19. in f. C. de donat. ante nupt. (V. 3.) и Nov. 22. c. 31., L. 6. pr. и § 1. D. ad. SC. Trebell. (VI. 19.) и Nov. 22. c. 41., или только матери. Nov. 22. c. 46. и 47., L. 7. C. de revocand. donat. (VIII. 56.) и Nov. 22. c. 35., L. 1. C. ubi pupilli educ. deb. (V. 49.) и Nov. 22. c. 38. и 40. и Nov. 94. c. 2.

b) Ср. Ев. Матѳ. V. 32. и XIX. 9. Марка X. 11. и 12. Лука XV. 48. и Павла къ Коринѳ. I. Г. 7. ст. 11.

c) Напр. въ Саксонскомъ правѣ по регламенту объ оглашеніи вступающихъ въ бракъ и т. д. отъ 15 января 1808. § 18. (въ 3 продолженіи Cod. August. I. стр. 165. seq.) и въ Австріи св. § 119. — По новому римскому праву жена, виновная въ разводѣ, должна пережидать пять лѣтъ, прежде чѣмъ можетъ вступить въ новый бракъ. L. 8. § 4. C. de repud. (V. 17.) и Nov. 22. c. 18. — Согласуясь съ этимъ вообще, Шталь ibid. II. 1. 462 требуетъ, чтобы виновной сторонѣ было запрещено вступленіе въ новый бракъ «по крайней мѣрѣ на извѣстное время». Напротивъ Аренсъ ibid. стр. 593 того мнѣнія, что юридическое начало не можетъ выставить здѣсь никакого запрещенія. И Рёдеръ ibid. стр. 371 приписываетъ каждому изъ находящихся въ разводѣ неограниченное право на вступленіе въ новый бракъ.

ствуетъ взаимная любовь и соучастіе. Въ частности же родители руководятся безкорыстнымъ благоволеніемъ къ дѣтямъ, обнаруживающимся въ дѣятельномъ попеченіи о нихъ, а дѣти чувствомъ почитанія и благодарности къ родителямъ, какъ своимъ первымъ благодѣтелямъ между людьми. Кромѣ этого естественнаго и нравственнаго элемента въ отношеніи между родителями и дѣтьми существуетъ еще и собственно юридическое отношеніе [a]). Уже по естественному праву родители обязаны содержать, воспитывать, защищать и призрѣвать [b]) своихъ дѣтей, пока физическія и духовныя силы послѣднихъ не развились и не достигли той степени, чтобы они сами могли содержать и обезпечить себя, равно умѣли бы сами распознавать свои права и придавать имъ силу [c]). Основаніе этого обязательства лежитъ не въ одной цѣли брака, соотвѣтствующей природѣ и назна-

§ 162. a) Рёдеръ ibid. стр. 372 seq. выдаетъ за юридическую основу этого отношенія то, что оба родителя, благодаря естественному союзу ближайшаго кровнаго родства, завязавшемуся вслѣдствіе произрожденія, и благодаря коренящейся здѣсь невольной, но сильной взаимной склонности и любви, соединены съ своими дѣтьми (какъ «плоть отъ ихъ плоти») самымъ тѣснымъ образомъ на всю жизнь и т. д. — Но все это относится скорѣе къ естественной основѣ сказаннаго отношенія, а не содержитъ въ себѣ собственно юридическаго основанія.

b) Выраженіе это преимущественно должно относить къ попеченію о будущей самостоятельности дѣтей, о ихъ будущемъ успѣхѣ и о необходимомъ для того образованіи. — Еще далѣе идутъ Шталь ibid. II. 1. 486 и Рёдеръ ibid. стр. 379. N. ***). Первый къ обязанностямъ родителей причисляетъ также «надѣленіе дочерей,» а второй «надѣленіе приданымъ и такъ называемымъ отцовскимъ пособіемъ (väterliche Beihülfe).»

c) Болѣе древніе учители естественнаго права, напр. Гроцій de jure bell ac pac. II. 7. § 4 и Томазій Fund. jur. nat. III. 4, также и Гросъ ibid. прим. къ § 122 смотрятъ на обязанности родителей такъ, какъ будто бы онѣ сами по себѣ принадлежали не столько къ области права, сколько морали, и впервые сдѣлались юридическими въ положительномъ правѣ.

ченію человѣка, цѣли, куда относится и вскормленье и воспитаніе дѣтей, произрожденныхъ супругами (§ 150.). Оставивъ даже въ сторонѣ самый бракъ [d]), причина лежитъ уже въ томъ основномъ юридическомъ положеніи, что каждый долженъ отвѣчать за юридически необходимыя послѣдствія своихъ дѣйствій, и слѣдовательно на него падаетъ обязанность за то, что является юридически необходимымъ слѣдствіемъ его дѣйствія (§ 53). Родители самымъ рожденіемъ дѣтей допустили бытіе человѣческихъ существъ, которыя въ раннемъ періодѣ жизни находятся еще въ незрѣломъ и безпомощномъ состояніи. Потому существа эти должны быть содержаны, воспитаны, охраняемы и призрѣны другими, если только они не должны быть преданы совершенной гибели, духовному и нравственному небреженію, возможному нарушенію ихъ человѣческихъ правъ и неизвѣстности будущаго положенія въ жизни. Очевидно, что содержаніе, воспитаніе, охраненіе и призрѣніе вызванныхъ къ жизни человѣческихъ существъ въ періодъ ихъ незрѣлости и безпомощности есть вообще слѣдствіе дѣторожденія, необходимое для физическаго и нравственнаго существованія и развитія человѣчества. Это-то

d) Кругъ ibid. стр. 474 выводитъ сказанную обязанность родителей, только изъ брачнаго договора, какъ внѣшнюю или принудительную, тогда какъ она «чисто внутренняя, или иначе, обязанность совѣсти». Если такъ, то лица, прижившія дѣтей внѣ брака, были бы освобождены отъ всѣхъ юридическихъ обязанностей по отношенію къ послѣднимъ. А между прочимъ самъ же Кругъ стр. 481 съ полнымъ правомъ оспариваетъ странное мнѣніе Канта ibid. стр 234 о незаконныхъ дѣтяхъ. — Равнымъ образомъ замѣчаніе Аренса ibid. стр. 596 прежде всего примѣнимо только къ законнымъ дѣтямъ, то есть, что отношеніе между родителями и дѣтьми «какъ юридически, такъ и нравственно опредѣляется существомъ жизненнаго общенія и особеннымъ положеніемъ, которое здѣсь занимаютъ родители и дѣти». Однако самъ онъ стр. 598. seq. признаетъ извѣстныя права незаконныхъ дѣтей. О юридическомъ отношеніи послѣднихъ ср. также Рёдеръ ibid. § 113.

слѣдствіе своего дѣйствія производители или родители, согласно упомянутому основному положенію, обязаны принять на себя и исполнить [e]).

§ 163.

Вслѣдствіе обязательства приведеннаго въ § 162, и какъ необходимое условіе его исполненія, родители имѣютъ ближайшее право какъ на содержаніе, воспитаніе, охраненіе и призрѣніе своихъ дѣтей, такъ и на употребленіе средствъ, необходимыхъ для достиженія этихъ цѣлей. Совокупность правъ присущихъ родителямъ по отношенію къ дѣтямъ называется родительскою властью. Естественное опредѣленіе ея границъ вытекаетъ изъ ея основанія и цѣли, такъ что родители, какъ таковые, уполномочены на все, что служитъ юридически и нравственно дозволеннымъ средствомъ для содержанія, воспитанія, охраненія и призрѣнія ихъ дѣтей. Сюда напр. относится распоряженіе услугами и занятіями дѣтей по мѣрѣ ихъ силъ, а въ случаѣ нужды и умѣренное

e) Подобнымъ образомъ и Кантъ ibid. стр. 111—113 выводитъ обязанность родителей содержать и пристроивать своихъ дѣтей. — Неважно здѣсь, кажется, возраженіе Шталя ibid. стр. 489. seq., что изъ всей этой аргументаціи вытекаетъ только обязанность родителей — содержать и т. д., «а не обязанность дѣтей подчиняться отеческой власти въ случаѣ, если бы они считали свое положеніе спокойнѣе безъ нея». Но о томъ, въ какомъ состояніи дѣти могли бы быть довольнѣе, не можетъ быть рѣчи тамъ, гдѣ дѣло идетъ о необходимомъ вообще для физическаго и нравственнаго существованія и развитія человѣчества. — Мейстеръ въ св. Lehrb. d. Naturr. § 421 желаетъ разсматривать обязанность родителей, какъ «obligatio ex delicto oriunda», но пониманіе это примѣняется лучше всего къ незаконному прижитію, да и то только тогда, когда внѣ-брачное соитіе запрещено въ государствѣ уголовными законами; иначе подобная связь, будучи безнравственностью, не есть delictum, какъ скоро происходитъ съ обоюднаго согласія —Другія основательныя возраженія противъ возрѣнія Мейстера дѣлаетъ Кругъ ibid. стр. 474. N. *). Ср. также Рёдеръ ibid. стр. 375. N. **).

наказаніе, не вредящее ихъ здоровью [a]). Но какъ всякое превышеніе должной мѣры въ пользованіи этими правами, такъ равно и каждое другое употребленіе родительской власти, не относящееся къ вышесказанной цѣли, какъ средство, противно естественному праву [b]). Вотъ почему на вопросъ: имѣютъ ли, и въ какой мѣрѣ имѣютъ родители право на имущество дѣтей,—должно отвѣтить слѣдующимъ образомъ. Сами по себѣ, т. е. оставивъ въ сторонѣ положительныя юридическія опредѣленія, родители имѣютъ только право управлять имѣніемъ дѣтей къ ихъ пользѣ и употреблять его для ихъ содержанія, воспитанія, охраненія и пристроенія [c]). Отсюда понятно, что обязательство родителей покрывать всѣ эти расходы изъ своихъ собственныхъ средствъ, есть только второстепенное, т. е. оно является тогда, когда дѣти не имѣютъ достаточно своего собственнаго имущества [d]). Родительской власти со стороны дѣтей соотвѣтствуетъ обязанность повиноваться приказаніямъ и распоряженіямъ отца и матери, но и эта обязанность имѣетъ свои естественныя границы. Она напр. положительно не существуетъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ приказанія родителей направлены на что-либо противное праву или безнравственное. Да и кромѣ того обязанность эта претерпѣваетъ измѣненія при такихъ распоряженіяхъ со стороны родителей, которыя или отнимаютъ у дѣтей или умаляютъ право, прирожденное каждому человѣку, т. е. право на свободный выборъ какъ внѣшняго призванія въ жизни, такъ и бракосочетанія (§ 83. Nr. 3.) [e]).

§ 163. a) Послѣднее само собою понятно, разсматривается здѣсь какъ средство воспитанія. Гегель ibid. § 174 насчетъ этого выражается такъ: «цѣль наказаній не есть справедливость, какъ таковая, а цѣль эта носитъ характеръ субъективный, моральный; это есть предостереженіе свободы, еще скованной въ природѣ, и возведеніе общаго въ ея сознаніе и волю».

b) Ср. Кругъ ibid. § 113.

c) Напротивъ Шталь ibid. II. 1. 488 того мнѣнія, что, пока продолжается отеческая власть, имѣніе дѣтей должно находиться не только подъ управленіемъ, но и въ пользованіи отца.

d) Рёдеръ ibid. стр. 379 допускаетъ, что собственное имущество дѣтей «можетъ быть употребляемо на покрытіе расходовъ, связанныхъ съ воспитаніемъ», но въ то же время утверждаетъ, что прежде всего родители все-таки обязаны «покрывать изъ собственныхъ средствъ расходы, идущіе на содержаніе и обученіе».

e) Слишкомъ далеко заходитъ Шталь, утверждая ibid. стр. 486 seq., «что воспитательная власть простирается на всѣ стороны жизни: на выборъ призванія, религію, заключеніе брака. Въ какой же мѣрѣ здѣсь дѣтямъ принадлежитъ право собственнаго рѣшенія, это различно и по предмету и по возрасту дитяти». — Римское право для вступленія въ бракъ дѣтей находящихся подъ отеческой властью требуетъ даже предварительнаго приказа со стороны отца. pr. J. de nupt. (I. 10.). См. однако L. 12. C. eod. (V. 4.). ср. впрочемъ § 152. N. b).

§ 164.

Права и обязанности родителей, правда, общи и отцу и матери; однако они видоизмѣняются въ извѣстной жизни по естественному половому различію родителей и по особенному, тѣмъ самымъ обусловленному положенію каждаго изъ нихъ въ семьѣ (§ 158.) [a]). Матери прежде всего принадлежитъ физическій уходъ за дѣтьми въ тѣ годы, когда они болѣе всего нуждаются въ этомъ, и потомъ первое домашнее воспитаніе. Съ своей стороны отецъ долженъ заботиться главнымъ образомъ объ обученіи дѣтей и о надлежащемъ подготовленіи ихъ къ будущему призванію въ жизни. Онъ же долженъ покрывать расходы, необходимые для исполненія обязанностей родителей, и наконецъ быть представителемъ дѣтей въ юридическихъ отношеніяхъ, такъ что здѣсь его должно считать естественнымъ опекуномъ

§ 164. a) Ср. Аренсъ ibid. стр. 597 и Рёдеръ ibid. стр. 381.

его малолѣтныхъ дѣтей. Также, если въ дѣлѣ воспитанія дѣтей явится разногласіе мнѣній между родителями, то отцу какъ главѣ семейства принадлежитъ рѣшительный голосъ [b]). Это соразмѣрно большее участіе отца въ пользованіи родительскою властью можно спеціально назвать отеческою властью въ духѣ естественнаго права [c]). — Впрочемъ съ властью родителей, на сколько она непосредственно касается лица дѣтей, связано еще принудительное право требовать возвращенія малолѣтныхъ у тѣхъ третьихъ лицъ, которыя противъ воли родителей задерживаютъ дѣтей [d]). Вообще права родителей имѣютъ характеръ правъ принудительныхъ въ той мѣрѣ, въ какой допускаютъ внѣшнее принужденіе для приведенія ихъ въ силу. Равнымъ образомъ, хотя

b) Ср. Кругъ ibid. стр. 475. О важномъ примѣненіи этого см. § 158 N. b).

c) Отъ этого существенно отличается институтъ отеческой власти (patria potestas), свойственный положительному праву и особенно развитый въ римскомъ. Оставивъ уже въ сторонѣ чудовищный объемъ, который имѣла patria potestas въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, она и въ новомъ содержитъ въ себѣ такія полномочія, которыхъ никакъ нельзя вывести изъ естественнаго юридическаго основанія и цѣли отеческой власти, относящейся ко власти родителей, какъ ея преобладающая составная часть, напр. въ вопросѣ объ имуществѣ дѣтей. Ср. § 1. J. per quas person. nob. acquir. (II. 9). и pr. J. per quas person. nob. obligat. acquir. (III. 28 или 29.). Существуютъ также вполнѣ положительныя основанія для происхожденія и прекращенія этой отеческой власти. — Впрочемъ Шталь ibid. II. 1. 486, причисляя съ одной стороны воспитаніе дѣтей къ обязанностямъ родителей, а съ другой разсматривая воспитательную власть только какъ право отеческой власти, очевидно, поступаетъ непослѣдовательно; да наконецъ это не согласно и съ тѣмъ, что онъ самъ же замѣтилъ на стр. 490 по поводу опеки, т. е. что въ противоположность опекуну расширяется участіе матери въ воспитательной власти.

d) Основываясь на этомъ, Кантъ ibid. стр. 114 хочетъ доказать, что дѣти составляютъ «мое и твое» родителей, и что право послѣднихъ на дѣтей есть «личное право по образцу вещи». См. напротивъ прил. 2. къ § 46.

исполненіе обязанностей облегчается для родителей естественною любовью ихъ къ дѣтямъ и облагораживается нравственными побужденіями, однако эти обязанности относительно внѣшнихъ дѣйствій, которыхъ касаются, должны быть разсматриваемы какъ принудительныя. Какъ за должнымъ исполненіемъ ихъ, такъ и за тѣмъ, чтобы родители не употребляли во зло своей власти, въ особенности пока дѣти малолѣтны и потому не могутъ еще сами распознавать свои права, долженъ быть въ государствѣ особый надзоръ со стороны надлежащихъ властей [e]). Здѣсь однако возможно менѣе должна быть нарушена свобода родителей въ выборѣ средствъ для обученія и воспитанія [f]).

§ 165.

Юридическое отношеніе между родителями и дѣтьми по естественному праву прекращается тогда, когда послѣдніе и физически и духовно развились до такой степени, что не нуждаются болѣе въ содержаніи, воспитаніи, охраненіи и призрѣніи со стороны родителей, слѣдовательно прекращается съ совершеннолѣтіемъ и самостоятельностью дѣтей [a]). Наступленіе же этого момента нельзя, конечно, опредѣлить вообще; оно сообразуется съ индивидуальными свойствами отдѣльныхъ лицъ [b]). Съ этого времени исчезаетъ основаніе

e) Это вытекаетъ не только изъ общаго права верховнаго надзора состоящаго за государствомъ, но и въ частности изъ его полицейской власти.

f) Ближайшее разсмотрѣніе вопроса о свободѣ преподаванія см. у Шталь ibid. стр. 492—499.

§ 165. a) Ср. Шталь ibid. стр. 487.

b) Чрезвычайно удобно принятое въ германскомъ правѣ окончаніе отеческой власти вслѣдствіе основанія дѣтьми особаго хозяйства, равно (по крайней мѣрѣ во многихъ частныхъ правахъ) вслѣдствіе выхода дочерей замужъ. — Что же касается эманципаціи, одной изъ римскихъ формъ прекращенія отеческой власти, то (какъ указалъ уже

юридической необходимости для продолженія правъ и обязанностей родителей, и въ отношеніи послѣднихъ къ дѣтямъ остается только элементъ естественный и нравственный [c]). Кромѣ того юридическое отношеніе между кровными родителями и дѣтьми можетъ угаснуть потому, что его мѣсто замѣняетъ юридическое отношеніе между воспитателями и воспитанниками (§ 166). Впрочемъ обязанность дѣтей прокармливать въ случаѣ нужды своихъ родителей, что нельзя не считать долгомъ любви и уваженія, освящается положительнымъ правомъ, какъ обязанность принудительная [e]), подобно тому, какъ и многія юридическія слѣдствія почтенія и уваженія, должныхъ родителямъ, приняты въ положительномъ правѣ [f]).

Шталь loco cit. и стр. 488) она въ двоякомъ отношеніи противорѣчитъ естественному праву: въ томъ, что она можетъ имѣть мѣсто и въ приложеніи къ малолѣтнимъ дѣтямъ, § 6. in f. J. quib. mod. jus potestat. solv. (I. 12). и tit. J. de legit. parentum tutel. (I. 18.), а отчасти въ томъ, что по новому римскому праву отецъ въ вознагражденіе за добровольную эманципацію удерживаетъ всетаки право пользоваться половиною имущества эманципированнаго дитяти. § 2. J. per quas person. nob. acquir. (II. 9).

c) Напротивъ Аренсъ ibid. стр. 597 и Рёдеръ ibid. стр. 380 полагаютъ, что и юридическое отношеніе между родителями и дѣтьми пожизненно, и что потому оно, даже по достиженіи дѣтьми полной самостоятельности, все еще заключается во взаимной обязанности оказывать другъ другу посильныя пособія.

d) И Ульпіанъ въ L. 5. § 2. и 15. D. de agnosc. et alend. lib. (XXV. 3) признаетъ, что эта обязанность прежде всего основывается только на aequitas caritas sanguinis и pietas; впрочемъ онъ упоминаетъ здѣсь и ratio naturalis въ L. cit. § 16.

e) L. 5. pr. — § 2. § 13. 15 и 16. D. eod. и L. 5. C. de patria potest. (VIII. 47.). — Однако Шталь ibid. стр. 488 причисляетъ это обязательство къ юридическимъ обязанностямъ «съ отрицательнымъ содержаніемъ». См. напротивъ § 48. N. a).

f) Ср. напр. § 9. J. de injur. (IV. 4). L. 7. § 8. D. eod. (XLVII. 10). L. 1. 9. и 10. D. de obsequ. parentib. praest. (XXXVII. 15).

§ 166.

Юридическое отношеніе между воспитателями и питомцами.

Когда постороннія лица, а не кровные родители, берутъ къ себѣ чужихъ дѣтей, заявляя намѣреніе обходиться съ ними какъ съ своими собственными, тогда между ними завязывается юридическое отношеніе воспитателей къ питомцамъ. Впрочемъ по идеѣ права нельзя допустить усыновленія такихъ дѣтей, которыхъ кровные родители еще живы, и, слѣдовательно, могутъ исполнить свои обязанности. Основаніемъ здѣсь то, что ни отецъ, ни мать не могутъ отказаться отъ своихъ обязанностей по отношенію къ дѣтямъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ вообще не могутъ переносить на другихъ правъ, принадлежащихъ имъ какъ родителямъ (149). Усыновлять же можно сиротъ, равно и тѣхъ дѣтей, которыхъ кровные родители на какомъ либо основаніи не въ состояніи исполнить своихъ обязанностей къ дѣтямъ [a]). Такъ какъ измѣненія въ юридическихъ отношеніяхъ обыкновенно не могутъ быть никому навязаны противъ его воли, то для дѣйствительности усыновленія необходимо, на сколько возможно, соглашеніе всѣхъ соучастниковъ, то есть усыновителя, усыновляемаго,

---

L. 4. C. de patria potest. Nov. 115. c. 3. § 1—3. 5—8. 12. и 13.— L. 4. § 1—3. D. de in jus voc. (II. 4). — L. 11. § 1. D. de dolo malo (IV. 3.), L. 5. in f. C. eod. (II. 21). L. 2. 5. 6. и L. 7. pr. — § 3. D. de obsequ. parentib. praest. L. 4. § 16 и 34. D. de doli mali et metus except. (XLIV. 4.).

§ 166. a) Шталь ibid. II. 1. 489 желаетъ, чтобы усыновленіе дозволялось однимъ бездѣтнымъ. Впрочемъ этому ограниченію, имѣвшему силу правила въ римскомъ adoptio L. 17. § 3. D. de adopt. (I. 7.), нельзя найти достаточнаго основанія въ естественномъ правѣ, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ кровныя дѣти уже воспитаны и не нуждаются болѣе въ попеченіи со стороны родителей.

кровныхъ родителей послѣдняго, если они находятся въ живыхъ, или же могущихъ случиться опекуновъ. Если же ни отца, ни матери усыновляемаго нѣтъ болѣе въ живыхъ, а само дитя по незрѣлому возрасту еще не способно къ сознательнымъ дѣйствіямъ, да и въ ту пору не имѣетъ опекуна, то въ такихъ обстоятельствахъ усыновленіе дѣйствительно и законно даже тогда, когда вытекаетъ изъ односторонняго рѣшенія воли усыновителя. И вотъ почему усыновленіе должно разсматривать здѣсь какъ слѣдствіе первоначальнаго права на свободную внѣшнюю дѣятельность въ законныхъ предѣлахъ, — права радѣть о физическомъ и нравственномъ благѣ другихъ (§ 83. Nr. 5). — По содержанію и слѣдствіямъ юридическое отношеніе между воспитателями и воспитанниками должно быть разсматриваемо по аналогіи съ естественнымъ семейнымъ союзомъ между кровными родителями и дѣтьми, которому оно и должно служить замѣной [b]).

Съ усыновленіемъ, изложеннымъ въ этомъ § не должно смѣшивать adoptio въ смыслѣ римскаго права, которое по своему собственному содержанію, и притомъ помимо такъ называемаго minus plena adoptio, введеннаго впервые Юстиніаномъ, имѣетъ въ виду пріобрѣтеніе отеческой власти, pr. — § 2. J. de adopt. (I. 11.) и связано съ особенными формами и ограниченіями. § 1. 3. 4. 7. 9. и 10. J. eod. Однако и въ римскомъ правѣ иногда хотя и рѣдко упоминается объ отношеніи воспитанника (alumnus), напр. L. 132. pr. D. de verb. oblig. (XLV. 1.) L. 3. § 4. D. de hom. lib. exhib. (XLIII. 29.) L. 26. C. de nupt. (V. 4.). — Ближайшія по поводу этого опредѣленія содержитъ Прусск. Св. ч. II. Гл. 2. отд. 12. § 753. seq.

b) Другаго мнѣнія Рёдеръ, который ibid. стр. 376 по поводу отношенія между кровными родителями и дѣтьми говоритъ: «никакое подобное этому искусственное отношеніе, созданное юридической фикціею, (куда онъ въ N. **) причисляетъ и союзъ воспиталей съ воспитанниками), не представляетъ такого же обезпеченія въ исполненіи обязанности по воспитанію, и потому ни одно не должно давать столь же обширныхъ правъ».

§ 167.

Опека.

Когда малолѣтныя дѣти не имѣютъ болѣе родителей, или когда кровные родители или воспитатели, находящіеся въ живыхъ, совершенно неспособны содержать, воспитать, охранять и устроить своихъ малолѣтнихъ дѣтей, тогда является необходимость, чтобы объ этихъ дѣтяхъ вмѣсто родителей пеклись въ физическомъ, нравственномъ и юридическомъ отношеніяхъ другія лица. Подобное попеченіе можно назвать опекой въ обширномъ смыслѣ; однако то же слово въ болѣе тѣсномъ и первоначальномъ значеніи относится преимущественно къ защитѣ и юридическому представительству малолѣтныхъ (§ 50). Само по себѣ выраженіе опека можетъ быть употреблено и для означенія обязанности родителей заботиться о своихъ малолѣтныхъ дѣтяхъ. Но такъ какъ эта забота уже вышла въ кругъ понятія объ обязанности отца и матери (§ 162), и потому не нуждается въ особомъ означеніи, то обыкновенно подъ выраженіемъ «опека» понимаютъ попеченіе о малолѣтныхъ, не имѣющихъ родителей. А если слѣдовать положительнымъ правамъ, гдѣ опека получаетъ мѣсто только за недостаткомъ отца, даже если бы мать и была въ живыхъ [a]), то это будетъ охраненіе и юридическое представительство малолѣтныхъ, не имѣющихъ

§ 167. a) L. 2. § 1. и 2. D. qui petant tutor. (XXVI. 6). L. 11. C. eod. (V. 31). L. 2. § 23. D. ad SC. Tertull. (XXXVIII. 17). § 6. J. eod. (III. 3.).—И съ точки зрѣнія философіи права Шталь ibid. II. 1. 490 считаетъ опеку, которую онъ называетъ «замѣною отеческой власти» необходимою даже при существованіи матери, но такъ однако, что при опекунѣ усиливается участіе матери въ воспитательнсй власти. Подобнымъ образомъ и Аренсъ ibid. стр. 599 полагаетъ назначеніе опеки въ томъ, чтобы восполнить «помощь, утраченную вслѣдствіе смерти одного изъ супруговъ, именно отца».

отца. — На принятіе опеки по естественному возрѣнію всякій, способный къ тому, имѣетъ первоначальное право, которое вытекаетъ изъ общаго кореннаго права на свободную внѣшнюю дѣятельность въ предѣлахъ закона (§ 83. Nr. 5). Напротивъ сама по себѣ и вообще не можетъ быть признана юридическая обязанность принимать опеку, такъ какъ первоначально, за неимѣніемъ особеннаго основанія для обязательства, никто не обязанъ юридически по отношенію къ другому положительными дѣйствіями (§ 49. и 53.) [b]). Но слѣдуя этому, въ отдѣльныхъ случаяхъ, гдѣ опека необходима, легко могло бы случиться, что или никто не пожелаетъ, или нѣсколько лицъ за разъ захотятъ воспользоваться первообразнымъ правомъ на ея принятіе; такимъ образомъ въ первомъ случаѣ оказался бы полный недостатокъ въ опекунѣ, а во второмъ опекуновъ оказалось бы болѣе, чѣмъ того требуетъ необходимость и цѣлесообразность. Вотъ почему для устраненія подобныхъ невыгодныхъ столкновеній должно юридическими нормами опредѣлить кто уполномоченъ и кто обязанъ принять опеку всякій разъ, когда къ тому представится необходимость. Такія опредѣленія существуютъ въ положительныхъ правахъ [c]). По римскому праву призывъ къ опекѣ имѣетъ основаніе или въ завѣщаніи [d]), или въ законномъ

b) Рёдеръ ibid. стр. 392 считаетъ представительство малолѣтныхъ, какъ всѣхъ нуждающихся въ помощи «общею человѣческою обязанностью»; съ этимъ можно согласиться только въ той мѣрѣ, въ какой здѣсь понимается обязанность нравственная, а не юридическая.

c) Что уже въ древности во всѣхъ государствахъ существовали подобныя юридическія опредѣленія, предписанныя естественною необходимостью опеки надъ малолѣтними, объ этомъ ясно свидѣтельствуетъ Gajus Jnst. I. § 189. « . . . impuberes quiqem in tutela esse, omnium civitatium jure contingit; quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur».

d) § 3—5. J. de tutel. (I. 13). и tit. J. qui dari tutor. testam. poss. (I. 14). tit. D. (XXVI. 2). и C. (V. 28). de testamentar. tutel.

постановленіи [e]), или въ назначеніи со стороны властей [f]), а въ германскомъ правѣ есть опека по договору, которая имѣетъ даже преимущество предъ видами опеки, опредѣленными въ римскомъ правѣ. Тотъ, кого на какомъ либо изъ этихъ основаній призываютъ къ опекѣ, не только исключительно уполномоченъ принять и отправлять ее, если онъ владѣетъ необходимою для того способностью, но и юридически обязанъ къ ней, какъ скоро на его сторонѣ нѣтъ какой нибудь особенной извинительной причины, которую онъ и долженъ заявить [g]). Очевидно, что принятіе и завѣдываніе предложенною опекою по положительнымъ правамъ принадлежитъ къ гражданскимъ обязанностямъ [h]).

§ 168.

Принятіе опеки служитъ основаніемъ особеннаго юридическаго отношенія между опекуномъ и его питомцемъ. Этимъ самымъ, по естественному юридическому возрѣнію, общее человѣческое право — заботиться о малолѣтнихъ (§ 167), для опредѣленнаго случая опеки осуществляется въ томъ, что опекунъ имѣетъ исключительное право завѣдывать опекой.

e) tit. J. de legit. agnat. tutel. (I. 15). tit. D.)de legit. tutor. (XXVI. 4). и C. de legit. tutel. (V. 30). и Nov. 118. c. 5. Ср. также tit. J. I. 17—19.

f) tit. J. de Atilian. tutor. (I. 20). и tit. D. de tutor. et curator. datis (XXVI. 5.).

g) L. 1. pr. и § 1. D. de administrat. tutor. (XXVI 7). Ср. также tit. J. (I. 25). D. (XXVII. 1). и C. (V. 62). de excusat.

h) Потому въ римскомъ правѣ tutela (равно и cura) называется munus publicum или civile, напр. pr. J. eod. L. 1. pr. и § 4. L. 18. pr. § 1. и 28. D. de muner. (L. 4.).—(о понятіи munus publicum въ смыслѣ гражданскаго права см. также L. 239. § 3. D. de verb. signif. L. 16) и нерѣдко выражается словомъ «бремя» (onus tutelae), напр. tit. J. de legit. patron. tut. (I. 17). § 6. J. quib. mod. tut. finit. (I. 22) § 20. J. de excusat. L. 40. § 1. D. eod.

Отсюда въ одно и то же время для всѣхъ остальныхъ людей вытекаетъ отрицательное обязательство не препятствовать опекуну пользоваться правами и исполнять обязанности (§ 49 adf.) [a]). По положительнымъ законодательствамъ то же самое имѣетъ мѣсто, когда кто либо принимаетъ опеку, предложенную ему на какомъ либо изъ упомянутыхъ въ § 167 основаній [b]). — По характеру и дѣйствію юридическое отношеніе между опекуномъ и опекаемымъ слѣдуя началамъ естественнаго права можно опредѣлить только вообще. Отношеніе это для опекуна служитъ основаніемъ всѣхъ тѣхъ обязанностей и правъ касательно малолѣтнаго, безъ которыхъ нельзя достигнуть цѣли, т. е. его вскормленья, воспитанія, охраненія и призрѣнія; слѣдовательно, въ главныхъ чертахъ оно должно обсуждаться по аналогіи съ юридическимъ отношеніемъ между родителями и дѣтьми, замѣною котораго оно и должно быть. Но и тутъ есть видоизмѣненіе: такъ какъ отношеніе между опекуномъ и опекаемымъ не основывается ни на естественномъ семейномъ союзѣ, ни на заявленномъ намѣреніи усыновить малолѣтнаго, то обязанности и права опекуна ограничиваются тѣмъ, что безусловно необходимо для достиженія сказанной цѣли [c]). Ближайшія опредѣленіи этого могутъ быть

§ 168. a) Только съ этой стороны Гросъ ibid. § 125 признаетъ юридическое отношеніе, связанное съ воспитательною властью, но никакъ не (по § 124) «между воспитателемъ и воспитанникомъ».

b) Въ римскомъ правѣ отношеніе между опекуномъ и малолѣтнымъ разсматривается, какъ obligatio quasi ex contractu § 2. J. de obligat. quasi ex contractu (III. 27 или 28). и L. 5. § 1. D. de obligat. et act. (XLIV. 7.).

c) Ср. Рёдеръ ibid. стр. 394.—Шталь ibid. II. 1. 490, хотя и считаетъ «охраненіе и воспитаніе» естественнымъ содержаніемъ опеки, однако главнымъ поводомъ къ охраненію полагаетъ «наслѣдованное имѣніе». Подобнымъ образомъ и Аренсъ ibid. стр. 599 думаетъ, что опека, имѣя въ существенномъ ту же цѣль, какъ и власть родителей, «при меньшей искренности распространяется болѣе на внѣшнія имущественныя отношенія». —

даны только положительными правами; послѣднія же во всякомъ случаѣ удѣлили опекуну съ одной стороны гораздо менѣе правъ по отношенію къ опекаемому, чѣмъ отцу по отношенію къ дѣтямъ [d]), съ другой же стороны не возложили на него всѣхъ его обязанностей. Въ частности: отъ опекуна не требуется покрывать собственными средствами издержки на содержаніе, воспитаніе и юридическое представительство лица, опекаемаго имъ, даже и вспомогательнымъ образомъ [e]).—Что малолѣтный пріобрѣтаетъ права и вступаетъ въ отношенія по обязательствамъ только въ силу юридическихъ дѣйствій, которыя предпринимаетъ за него и во имя его опекунъ, какъ его юридическій представитель, — это вытекаетъ изъ характера и цѣли юридическаго представительства (§ 54.). Согласно же съ цѣлью опеки опекунъ не долженъ предпринимать ничего такого, что послужило бы ко вреду малолѣтнаго, равно не долженъ упускать такихъ мѣръ, которыя послужили бы въ пользу опекаемаго и расширили бы кругъ его правъ; иначе онъ обязанъ вознаградить или удовлетворить его.—Такъ какъ самъ опекаемый въ продолженіи своего малолѣтства не можетъ слѣдить за надлежащимъ отправленіемъ опеки, то въ государствѣ долженъ быть установленъ особый надзоръ со стороны компетентной власти. Надзоръ здѣсь еще необходи-

Не нуждается ли прежде всего въ охраненіи и представительствѣ опекуна лицо малолѣтнаго, даже безъ всякаго наслѣдованнаго имѣнія и безъ внѣшнихъ имущественныхъ отношеній?

d) Такъ напр. опекунъ по отношенію къ имуществу опекаемаго не имѣетъ право пользованія, а отецъ по новѣйшему римскому праву имѣетъ это право на имущество своихъ дѣтей; далѣе, онъ не можетъ подобно отцу назначить ему въ завѣщаніи опекуна на случай своей смерти и т. д.

e) L. 3. pr. и § 8. и L. 6. D. de contrar. tutelae act. (XXVII. 4). Потому въ римскомъ правѣ опека и разсматривается какъ personale munus (въ противоположность patrimonii munus). L. 1. pr. § 3. и 4. и L. 18. pr. § 1. и 28. D. de muner. (L. 4.).

мѣе, и потому долженъ быть сильнѣе, чѣмъ въ юридическомъ отношеніи между кровными родителями и дѣтьми (§ 164. adf.). Въ послѣднемъ есть уже извѣстнаго рода обеспеченіе въ вѣрномъ исполненіи обязанностей, вытекающее изъ естественнаго семейнаго союза и коренящейся здѣсь склонности и любви [f]).

§ 169.

Опека прекращается, какъ скоро малолѣтный достигнетъ совершеннолѣтія, т. е. какъ скоро онъ на столько развитъ и физически и духовно, что уже самъ можетъ содержать себя и заботиться о себѣ, прилагать свои права и охранять ихъ. Моментъ совершеннолѣтія въ естественномъ правѣ, конечно, нельзя опредѣлить точно и вообще; скорѣе же онъ наступаетъ постепенно, по естественному закону безпрерывности и по различію индивидуальности у иныхъ лицъ ранѣе, у другихъ позднѣе, смотря по тому, какъ они развиваются физически и духовно, скорѣе или медленнѣе [a]). Но такъ какъ опредѣленіе этого момента, если только оно не должно быть сомнительно и произвольно, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, гдѣ раждается вопросъ о совершеннолѣтіи малолѣтнаго, предположило бы подробное изслѣдованіе его индивидуальныхъ свойствъ и положеній [b]), то, для избѣжанія этихъ затрудненій, полезно, чтобы положительными законами, какъ это и дѣлается на практикѣ, опредѣлялся моментъ совершеннолѣтія вообще, т. е. сообразно съ національными и

f) Ср. Рёдеръ ibid. стр. 393.

§ 169. a) Ср. Кругъ ibid. стр. 435. seq.

b) Для опредѣленія pubertas у мужчинъ, и въ вопросѣ о прекращеніи tutela, по словамъ Юстиніана въ L. 3. C. quando tutor. esse desin. (V. 60). и pr. J. quib. mod. tutel. finit. (I. 22). у римлянъ изъ стари употреблялось освидѣтельствованіе тѣла (indagatio corporis или inspectio habitudinis corporis).

климатическими условіями [c]). Не смотря на это, государство однако можетъ удержать за собою право въ отдѣльныхъ случаяхъ, смотря по обстоятельствамъ, допускать этотъ моментъ и ранѣе (такъ называемое Jahrgebung или Grossjährigkeitsverleihung, т. е. дарованіе совершеннолѣтія) [d]).—Само собою понятно, что вмѣстѣ съ смертью опекуна или опекаемаго прекращается существовавшая опека; однако, если смерть перваго послѣдуетъ прежде совершеннолѣтія послѣдняго, то до наступленія этого момента необходима другая опека. Далѣе, опека можетъ прекратиться потому, что опекаемый прежде достиженія совершеннолѣтія усыновляется другими лицами (§ 166). — Далѣе, безумные, и сумасшедшіе въ отношеніи къ охраненію и представительству ихъ лица въ юридическихъ отношеніяхъ разсматриваются совершенно по аналогіи съ малолѣтными въ тѣсномъ смыслѣ (§ 50), и потому точно также должны быть поставлены подъ опеку.—Кромѣ того въ положительномъ правѣ встрѣчаются еще нѣкоторые другіе виды опекъ (или попечительствъ—Curatelen), которые основываются скорѣе на политическихъ и полицейскихъ сооб-

c) По римскому праву tutela прекращается съ pubertas малолѣтняго, т. е. въ 14 лѣтъ у мужчинъ, и въ 12 у женщинъ, pr. J. cit., и тогда обыкновенно, хотя собственно только по желанію несовершеннолѣтнихъ, начинается надъ ними cura (имѣющая въ виду управленіе имѣніемъ и связанными съ этими дѣлами), которая продолжается до 25 лѣтъ безъ различія пола. pr. и § 2. J. de curator. (I. 23.). По германскому же праву однако она продолжается не прерываясь до совершеннолѣтія малолѣтныхъ (которое, впрочемъ, опредѣляется различно въ различныхъ германскихъ частныхъ законодательствахъ). Подробнѣе объ этомъ см. Глюкъ Erläut. d. Pand. XXX. § 1322. a. b. и c. стр. 52. seq.—За и противъ предложенія: поставить совершеннолѣтіе въ зависимость скорѣе отъ индивидуальной зрѣлости, чѣмъ просто отъ возраста см. Гуго въ Civil Magaz. II. стр. 184. seq (3-е изданіе).

d) Объ условіяхъ, необходимыхъ по римскому праву для полученія venia aetatis см. L. 2. C. de his, qui veniam aetatis impetrav. (II. 45.).

раженіяхъ, чѣмъ на юридической необходимости, напр. опека надъ расточителемъ, надъ слабоумными, равно и надъ такими, которые одержимы какимъ-либо постояннымъ недугомъ или подвержены тѣлеснымъ недостаткамъ [e]).

§ 170.

Юридическое отношеніе между господами и слугами или работниками.

Юридическое отношеніе между господами и ихъ слугами, равно между хозяевами или мастерами и ихъ работниками (слугами, подмастерьями и учениками), сами по себѣ, правда, суть только отношенія по обязательствамъ, вытекающія изъ договоровъ, и потому вообще должны разсматриваться по ихъ основнымъ положеніямъ, даже въ вопросѣ о происхожденіи и погашеніи. Однако въ тѣхъ случаяхъ преимущественно, гдѣ слуги или работники получаютъ отъ господъ и жилище и хлѣбъ, они отъ обыкновенныхъ отношеній по обязательствамъ отличаются слѣдующими моментами, приближающими ихъ къ семейнымъ отношеніямъ [a]): 1) тѣмъ, что они производятъ болѣе тѣсное личное соединеніе и притомъ

e) § 3. и 4. J. de curator. (I. 23). L. 1. и 2. D. de curator furioso et aliis extra minor. dandis (XXVII. 10). L. 2. D. de postulando (III. 1). L. 45. § 2. D. de excusat. (XXVII. 1). L. 19. § 1. L. 20—22. pr. D. de rebus auctorit. jud. possidend (XLII. 5.). — Бездну причинъ, по которымъ необходимо назначеніе опеки, въ смыслѣ юридическаго представительства, исчисляетъ Рёдеръ стр. 387. seq.; но онъ, очевидно, заходитъ слишкомъ далеко, считая опеку необходимой, напр. у прислуги по отношенію къ господину, далѣе у гнѣвныхъ и пьяницъ.

§ 170. a) Шталь ibid. II. 1. 490—492. Аренсъ ibid. стр. 600 и Рёдеръ ibid. стр. 388. N. **). Послѣдній сказанное отношеніе считаетъ такимъ, «которое въ извѣстной степени подобно отношенію родителей къ дѣтямъ»; однако это не примѣняется, по крайней мѣрѣ, къ тому случаю, когда слуга старѣе своего господина.

нѣкоторую зависимость, откуда вытекаетъ послѣдовательный рядъ разнообразныхъ услугъ, которыя часто нельзя даже и предвидѣть; 2) тѣмъ, что они съ одной стороны обезпечиваютъ слугамъ или работникамъ пропитаніе, а съ другой, расширяютъ и пополняютъ для господъ внѣшнюю цѣль семейнаго отношенія, состоящую въ удовлетвореніи потребностей съ помощью домашнихъ; 3) тѣмъ наконецъ, что они облагораживаются подъ вліяніемъ нравственныхъ понятій и внушеній, именно гуманностью и благосклоннымъ попеченіемъ со стороны господъ, а со стороны слугъ или работниковъ вѣрностью и усердіемъ, и потому могутъ и должны имѣть извѣстное сходство съ семейнымъ отношеніемъ даже въ томъ, что составляютъ его нравственый элементъ.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

СОДЕРЖАЩАЯ ЕСТЕСТВЕННОЕ ГРАЖДАНСКОЕ (ЧАСТНОЕ), ГОСУДАРСТВЕННОЕ И МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Естественное гражданское право.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

О правахъ личности, т. е. о прирожденныхъ правахъ всѣхъ людей.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

О вещныхъ правахъ.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

О правахъ по обязательствамъ или объ обязательственныхъ отношеніяхъ.

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

О семейныхъ правахъ и нѣкоторыхъ аналогическихъ съ семействомъ юридическихъ отношеній.